Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken

Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik

von

Landgerichtsrat Dr. jur. habil.
Hans-Jürgen Bruns
Lehrbeauftragter an der Universität Greifswald

Thüringer Universitäts- und
Landesbibliothek Jena
Teilbibliothek Rechtswissenschaft/
Wirtschaftswissenschaften
Postfach
07740 JENA

Berlin 1938

Nicolaische Verlagsbuchhandlung

Bibliotheksnachdruck
Keip 1996

Herrn Prof. Dr. Heinrich Henkel
in Dankbarkeit gewidmet!

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einführung	1—22
1. Die rechtspolitische Bedingtheit der Fragestellung	1
2. Abgrenzung und Umschreibung des Themas	3
3. Das spezifisch strafrechtliche Denken als Ziel der Untersuchung	6
4. Überpositive Bedeutung der Problemstellung; Rechtfertigung der Aufgabe im Hinblick auf das neue Strafrecht	9
5. Die Bedeutung des Themas als einer am gesunden Volksempfinden ausgerichteten Auslegungsmethode	11
6. Die begriffliche Emanzipation des Strafrechts als vernachlässigte Grundfrage zahlreicher Vorarbeiten	13
7. Die Auswertung der Rechtsprechung des RG als Hauptaufgabe der Untersuchung; ablehnende Stellungnahme des strafrechtlichen Schrifttums	16
8. Rechtfertigung der angewandten Methode	20
Erster Hauptteil.	
Die Stellungnahme der Rechtslehre	22—167
A. Die Bedeutung des Einführungsgesetzes zum BGB für das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht	22—39
1. Echte und unechte strafgesetzliche Verweisungen i. S. des Artikels 4 EG. Grundsätzliche Autonomie des Strafrechts	23
2. Die Auswirkungen der früheren Zersplitterung des Landesprivatrechts	26
3. Die zwei Arten selbständiger, vom BGB unabhängiger strafrechtlicher Begriffe	29
4. Die Anerkennung der begrifflichen Selbständigkeit des Strafrechts in Artikel 33 EGBGB	31
5. Der „vorteilhafte Einfluß" des Artikels 33 EGBGB auf die Entscheidung der Auslegungsfrage gemäß Artikel 4 EGBGB	33
6. Die Stellungnahme der Rechtslehre zu Artikel 4 und 33 EGBGB	35
7. Ergebnisse und Ausblick	38
B. Untersuchungen über das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht in der Schweizerischen Rechtswissenschaft	39—51
1. Die Verhandlungen der Schweizer Landesgruppe der IKV auf der Tagung im Jahre 1902	40
2. Die Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, insbesondere der Bericht von Gmür	44
3. Die abweichende Stellungnahme von Cordey	46
4. Überblick über die spätere Entwicklung	49

Seite

C. Das Verhältnis der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale zu den gleichlautenden Begriffen des Zivilrechts unter dem Gesichtspunkt der akzessorischen Natur des Strafrechts . . . . . 51—84

1. Einleitung; Allgemeines über die Bedeutung der Akzessorietätslehre als Schrittmacher des zivilistischen Denkens im Strafrecht 51
2. Einwendungen gegen die Lehre Bindings. Die Beschränkung der Akzessorietät auf das Gebiet der Vermögensdelikte und die allgemeine „Gemeinsamkeit" der Rechtsbegriffe 54
3. Die begrifflichen Auswirkungen des Akzessorietätsprinzips bei Lobe, Dahlem und Schubert 57
4. Einschränkungen des zivilistischen Rechtsdenkens in strafrechtlich besonders gelagerten Ausnahmefällen (Rückwirkung, Gewahrsam) . . 60
5. Die Lehre Zitelmanns von der strafgesetzlichen Verweisung. Einschränkungen der begrifflichen Akzessorietät durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise (Brauweiler) 63
6. Die begriffliche Emanzipation des Strafrechts als Folge der „Akzentverlagerung" von der Rechtsgutsverletzung zum kriminellen Gehalt (Schroeder) 65
7. Die Lehre von der „materiellen Akzessorietät" des Strafrechts und die geringere „zivilistische Salonfähigkeit" strafrechtlicher Begriffe (Hirschberg) 70
8. Die Ablehnung der „Irrlehre" von der akzessorischen Natur der Strafrechts durch H. Mayer und die „Zuschärfung" des natürlichen Sprachsgebrauchs zu strafrechtlichen Begriffen 75
9. Die Lehre von der „dogmatischen Akzessorietät" (von Hippel) und der „Blankettnatur" (Lobe) des Strafrechts 79
10. Rückblick und Vorausschau 83

D. Die Identität der Begriffe des Zivil- und Strafrechts als Voraussetzung für die Bindung des Strafrichters an präjudizielle Entscheidungen des Zivilrichters . . . . . 85—106

1. Die „Identität" der abstrakten Rechtsverhältnisse i. S. des § 262 StPO als neuer Ausgangspunkt für die Beurteilung der Problemstellung 85
2. Die Anerkennung der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts durch Glaser, von Kries und Kuttner 87
3. Stellungnahme zu den Ausführungen von Saunus, Wurzer und Kern; die „Identität der Rechtsfrage" i. S. des § 136 GVG 90
4. Der vorteilhafte Einfluß der strafprozessualen Untersuchungen für die Klärung des begrifflichen Verhältnisses des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten 96

Anhang:

5. Strafrechtliche und außerstrafrechtliche Begriffe i. S. der Irrtumslehre des RG 99

E. Die begriffliche Emanzipation des Strafrechts als Folge der teleologischen Betrachtungsweise . . . . . 107—123

1. Allgemeines über die Bedeutung der teleologischen Betrachtungsweise und ihrer Erscheinungsformen für die Auslegung der aus anderen Rechtsbegriffen entlehnten Begriffe des StGB 108

Seite

2. Die Lehre von der „Umformung", der „Inhaltsverschiebung" strafrechtsfremder Begriffe (Wolf, Schwinge) 110
3. Der Grundsatz der „Relativität", des „Beziehungscharakters" der Rechtsbegriffe (Müller-Erzbach); Interessenjurisprudenz und Strafrecht 114
4. Die „originäre" Selbständigkeit strafrechtlicher und der Bedeutungswandel entlehnter Begriffe des StGB unter Berücksichtigung der Ergebnisse von Welzel 117

F. Die „Selbständigkeit" der steuerrechtlichen Begriffsbildung als Vorbild für die begriffliche Emanzipation des Strafrechts vom Zivilrecht . . . 123—167

I. Einleitung:

1. Allgemeines über die Gleichheit der Fragestellung in beiden Rechtsgebieten; nulla poena, nullum vectigal sine lege 124
2. Die Auflösung des Positivismus im Steuerrecht und ihre symptomatische Bedeutung; über die Notwendigkeit einer rechtsvergleichenden Betrachtung 125
3. Allgemeine Gesichtspunkte für die Emanzipation des Steuerrechts, insbesondere die Anerkennung der teleologischen Betrachtungsweise in § 4 RAbgO 128

II. Die Entwicklungsgeschichte der Emanzipation des Steuerrechts bis zum Jahre 1933.

1. Der Positivismus in der früheren Schweizer Steuerrechtslehre (Blumenstein 130
2. Die frühzeitige Anerkennung der Autonomie des Steuerrechts (Becker, Emge); die zivilrechtlichen Begriffe als „Notbehelf" 132
3. Die „Theorie des selbständigen Steuerrechtssystems" (Ball); die Beurteilung der „kranken Fälle" als Prüfstein für die Richtigkeit der Methode; der rechtspolitische Kampf um die „erlaubte Steuererhebung"; zur Frage der Besteuerung zivilrechtlich nichtiger Rechtsgeschäfte . . . 136
4. Die Stellungnahme des Schrifttums zur Lehre Balls, insbesondere von Hensel (S. 143) und Boethke (S. 145) 142
5. Fortsetzung der Untersuchungen über das begriffliche Verhältnis des Zivil- und Steuerrechts, insbesondere von Geiler (S. 148), Lion (S.150), Merk (S. 152) und Blau (S. 154) 148
6. Die Verhandlungen des Deutschen Anwaltsvereins über die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung; Krisis des Rechtsstaats 155

III. Die begriffliche Verselbständigung des Steuerrechts als Vorbild der allgemeinen Rechtserneuerung 159

1. Vorbehalte gegenüber der Lehre von Liebisch 160
2. Die grundsätzliche Anerkennung der Emanzipation des Steuerrechts; das Steueranpassungsgesetz vom 17. 10. 1934 (RGBl. I S. 925); neues vorbildliches Rechtsdenken im Steuerrecht 163

Seite

Zweiter Hauptteil.

Das begriffliche Verhältnis des Zivil- und Strafrechts in der Rechtsprechung des RG . . . . . 167—313

A. Einleitung 167

B. Die Emanzipation der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale des Besonderen Teils . . . . . 171—248

I. Gesetzliche Anhaltpunkte für die Verselbständigung der Begriffe . . . 171

1. Verwandschaft und Schwägerschaft (Art. 33 EGBGB) — Ehe . . . 172
2. Verlöbnis 182
3. Pflegkindschaft 190
4. Beamter (§ 359), Ausland (§ 8) 194
5. Ankaufen (§ 259 u. a.) 197

II. Die strafrechtliche Selbständigkeit vorwiegend „tatsächlicher" Begriffe 199

1. Besitz (Gewahrsam) 202
2. Sache 206
3. Beweglich, zueignen, Mensch 209
4. Beschäftigen, Arbeitsverhältnis 212

III. Die strafrechtliche Selbständigkeit angeblich zivilrechtlicher Begriffe 216

1. Bevollmächtigter, Vertreter 217
2. Beauftragter 221
3. Vormund 222
4. Unehelich, ein gesetzliches Ehehindernis arglistig verschweigen 225

IV. Die strafrechtliche Selbständigkeit vorwiegend wirtschaftlicher Begriffe 226

1. Vermögen (§ 263, §266) 227
2. Verfügung 233
3. Vermögen (§ 288) Veräußern 235
4. Schuldner und Gläubiger u. a. Begriffe i. S. der Strafbestimmungen der KO 238

V. Weitere Beispiele für die strafrechtliche Selbständigkeit angeblich entlehnter Begriffe 241

1. Kaufen — verkaufen (S. 241)
2. Zurückbehaltungsrecht (S. 242)
3. ausschließlich gehören (S. 243)
4. Lieferungsvertrag — Nichterfüllung (S. 243)
5. Lebensunterhalt (S. 244)
6. öffentliche Urkunde (S. 245)
7. dieselbe Rechtssache — Partei (S. 246)
8. Anbieten, Einwilligung (S. 247)

C. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilrechtlichen Denken hinsichtlich der Begriffe des Allgemeinen Teils des StGB . . . . . 248—268

1. Altersgrenzen- und Fristenberechnung 249
2. Vermutung, Fiktion (Rückwirkung) 251
3. Verhandlungs-, Zurechnungsfähigkeit; Schuldformen, insbesondere Fahrlässigkeit 256

Seite

4. Rechtswidrigkeit 259
5. Einwilligung, Geschäftsführung ohne Auftrag 262
6. Unterlassung, Ursachenzusammenhang 265

D. Die strafrechtlichen Auswirkungen der zivilrechtlichen Nichtigkeit strafrechtlich relevanter Rechtsverhältnisse . . . . . 268—296

1. Einleitung, Übersicht 269
2. Handelsrechtliche Tätereigenschaften 273
3. Soldat — Reichswehrangehöriger 280
4. versicherte Sache 286
5. Insbesondere bei spezifisch strafrechtlichen Begriffen 287

Anhang:

6. Beispiele für die begriffliche Bindung des Strafrechts ans Zivilrecht 290

E. Zusammenfassung der grundsätzlichen Gesichtspunkte für die Emanzipation des Strafrechts . . . . . 296—313

Schlußbetrachtung.

Die Bedeutung der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts für die Lehre von den sog. „normativen Tatbestandselementen mit rechtlicher Bewertung" . . . . . 314—332

1. Rechtspolitische Gesichtspunkte für die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale 314
2. Die „normative" Natur der vom StGB entlehnten Rechtsbegriffe, insbesondere die Lehre von Mezger und Grünhut 316
3. Echte und unechte, wertgefüllte und wertausfüllungsbedürftige, bestimmte und unbestimmte normative Tatbestandselemente 321
4. Die Emanzipation der spezifisch strafrechtlichen Begriffe als Voraussetzung einer volkstümlichen, natürlicheren Gesetzessprache 327

Verzeichnis der im Text berücksichtigten wichtigeren Entscheidungen des RG zur Frage der „Emanzipation" des Strafrechts . . . . . 333—334

Verzeichnis der benutzten Schriften . . . . . 335—341

Die Arbeit ist von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau als Habilitationsschrift angenommen worden. Sie war in der damals vorgelegten Fassung bereits im Juli 1937 abgeschlossen. Das später erschienene Schrifttum und die jüngste Rechtsprechung des RG mußten nachträglich kurz eingefügt werden. Die Untersuchung geht zwar von dem noch geltenden alten StGB aus; sie ist jedoch — unter Berücksichtigung des Entwurfs eines Deutschen Strafgesetzbuchs, einschließlich der amtlichen Reformarbeiten, die mir aus meiner dienstlichen Tätigkeit zur Verfügung standen — so angelegt, daß ihre, im wesentlichen methodologischen, Ergebnisse auch für das neue Strafrecht Geltung behalten, ja gerade für dieses Bedeutung gewinnen[1]). Denn die aufgeworfene Frage wird in grundsätzlicher Hinsicht auch in Zukunft fortbestehen und zu einer Entscheidung drängen. Nach Nagler (G.S. 111, 127)[2]) gehört der Kampf gegen die „Zivilisierung der Strafrechtsbegriffe" (scil. zwar lediglich!) zum Programm der „Neuen (Kieler) Rechtswissenschaft"; und es ist nicht zu verkennen, daß viele Gegner der sog. „Kieler Schule" überzeugte Anhänger der hier bekämpften Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts sind. Gerade deshalb muß aber darauf hingewiesen werden, daß die Frage nach dem begrifflichen Verhältnis des Strafrechts zum Zivilrecht viel älter ist als der neue „Methodenstreit", und daß jedenfalls die Rechtsprechung des RG sich seit Jahrzehnten um eine Emanzipation der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale bemüht und verdient gemacht hat, ohne allerdings bei der Rechtslehre gebührende Beachtung oder gar Zustimmung zu finden.

Die Untersuchung ist bewußt auf das Gebiet des materiellen Strafrechts beschränkt; das entsprechende Problem einer unzulässigen „Zivilprozessualisierung des Strafverfahrensrechts", auf dessen Wichtigkeit erstmalig Henkel[3]) aufmerksam gemacht hat, harrt noch der näheren Bearbeitung.

Greifswald, im Juli 1938.

Hans-Jürgen Bruns.

---

1) vgl. dazu unten S. 313 Note 38.

2) der die Arbeit vorher begutachtet hat.

3) DStrR 1935, 129 und schon vorher; vgl. Bericht über die Lage des Studiums des öffentlichen Rechts, der Deutsche Staat der Gegenwart, Heft 12, S. 38 fg.; anders die programmatischen Erklärungen von Hegler, Binding-Festschrift, Band 2, S. 202.

Vorspruch.

„Die Ausrichtung der strafrechtlichen an der zivilrechtlichen Begriffsbildung ist eine Angelegenheit des 19. Jahrhunderts und des Liberalismus. Daß es notwendig ist, das Strafrecht von zivilistischen Begriffen, ja von der ganzen Denkweise des bürgerlichen Rechts zu befreien, ist heute in der jungen Generation allgemein anerkannt. Diese Erlösung aus den Fesseln der zivilistischen Begriffe stellt meines Erachtens geradezu den Kernpunkt in der modernen Entwicklung der strafrechtlichen Dogmatik dar."

(Schaffstein in der 100. Sitzung der Amtlichen Strafrechtskommission anläßlich der Beratungen über Treubruch und Unterschlagung)

„Gelingt der Strafrechtspflege die tatsächliche, nicht nur gesetzliche Befreiung aus den Ketten der überkommenen zivilistisch ausgerichteten Denkweise, so besteht die Möglichkeit, daß von ihr aus das volkstümliche Rechtsdenken überhaupt wieder zurückerobert wird."

(Staatssekretär Freisler, Deutsche Justiz 1936, 1574)

Einführung.

1. Die nachfolgende Untersuchung setzt sich als wesentlichstes Ziel, die Richtigkeit und die Auswirkungen der programmatischen Leitsätze nachzuprüfen, die wir als bekenntnishafte Richtlinien der Ausarbeitung des Themas vorangestellt haben. Die rechtspolitische Bedingtheit der Fragestellung und ihre Bedeutung für die Erneuerung des deutschen Strafrechts ergeben sich ohne weiteres aus der in jüngster Zeit gewonnenen Erkenntnis, daß die Übertragung zivilrechtlicher Begriffe und Denkformen auf das Strafrecht nur einen Ausschnitt aus der allgemeinen Zivilisierung des öffentlichen Rechts darstellt, die in besonderem Maße der individualistischen Umformung des Rechts schlechthin unmittelbar Vorschub geleistet hat[1]). Heute gilt es, diese Entwicklung rückgängig zu machen und sie durch ein neues, an den Belangen der Volksgemeinschaft ausgerichtetes natürliches Rechtsdenken zu ersetzen[2]). Damit sind Richtung und Frontenstellung der Arbeit jedoch nur in ganz groben Zügen umrissen; die erforderliche genauere Einordnung des Themas in die neuere Entwicklung der Strafrechtswissenschaft wird erst durch folgende Erwägung verdeutlicht: Eine der wichtigsten Handhaben für die Durchdringung des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, mit dem in den Begriffen und Lehren des Privatrechts enthaltenen liberalistischen Gedankengut bot die aus dem — so oft mißbrauchten — Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung hergeleitete Auffassung von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe. Vor allem setzte sich immer mehr die Ansicht durch, daß der Allgemeine Teil des BGB die Funktionen eines allgemeinen Teils des Rechts, einer allgemeinen Rechtslehre, übernehmen könne und müsse. Die einzelnen Begriffe und Denkformen des Zivilrechts wurden für allgemeingültig erklärt[3]) und auch dorthin übertragen, wo ihre Auslegung in zivilistisch-technischem Sinne mit dem besonderen Zweck der verschiedenen Rechtsgebiete unvereinbar war und die sinnvolle, wesensmäßige Erfassung der Wirklichkeit verhinderte. „Die Begriffe gestalteten sich nicht nach den Dingen, sondern nach der selbständigen Technik der abstrakten Begriffsbildung"[4]).

---

1) vgl. Schaffstein DJZ 1934, 1174; DRWiss. 1936, 39 ff.; Huber (Grundfragen) S. 148 ff.; Höhn DR 1935, 233 u. 266; neuerdings Freisler DJ 1936, 1568 ff.

2) vgl. hierüber ausführlich Freisler: „Zur Befreiung des Rechtsdenkens", a.a.O.

3) „verdinglicht", „verabsolutiert", „als Wirklichkeiten angesehen".

4) so Dahm (Grundfragen) S. 62; vgl. Freisler a.a.O. S. 1568: „Die Eigenart der überkommenen wissenschaftlichen Arbeitsweise führte zu einer Vorherrschaft

Der Kampf gegen dieses „normativistische" Rechtsdenken, das die Wirklichkeit mit einem „geradezu gespenstischen Netz von allgemeinen Begriffen" überzog, bildet seit den grundlegenden Arbeiten Carl Schmitts[5]) den Mittelpunkt der Bestrebungen um die Erneuerung des deutschen Rechts. Insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, das von dem „Joch des zivilistischen Denkens befreit werden muß, wenn es wieder volkstümlich werden will"[6]), ist der Angriff bereits erfolgreich vorgetragen[7]). Selbst der augenblickliche Stand der zivilrechtlichen Dogmatik wird durch die allgemeine Losung „Auflockerung der allgemeinen Rechtsbegriffe, Zurückdrängung und Konkretisierung des Allgemeinen Teils" gekennzeichnet[8]). Dementsprechend gliedert sich auch unsere Arbeit, die sich mit der besonders zugespitzten Frage der Behandlung zivilrechtlicher Begriffe im Strafrecht beschäftigt, in diese Frontenstellung ein und versucht unter Beschränkung auf einen bestimmt umgrenzten Fragenbereich einen Beitrag zu leisten zu einer wesensmäßigen Erfassung der strafrechtlichen Begriffsinhalte und damit zu dem im Grunde allgemein erstrebten „rechtsinhaltlichen Denken"[9]). Sie bemüht sich außerdem, einen Wunsch der Erfüllung näher zu bringen, den Richard Schmidt[10]) unmit-

---

des ‚zivilistischen Rechtsdenkens' im gesamten Rechtsdenken; das war um so belastender für die Rechtsarbeit, als damit nicht nur ein bestimmt geartetes Rechtsdenken auf Gebiete übertragen wurde, auf denen es nicht gewachsen war, sondern noch dazu ein solches, das schon in seinem eigenen Wirkungsgebiet, im Gemeinrecht, nicht eine Förderung, sondern Behinderung volkstümlicher Rechtsarbeit bedeutet."

5) vgl. die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens und DR 1934, 225; ferner Dahm 3.StaatsWi 1935, 181; Mezger GS 108, 64 und Schwinge-Zimmerl aaO. S. 23 fg.

6) Freisler aaO. S. 1571.

7) und zwar nicht nur von den Anhängern der sog. Kieler Richtung (vgl. insbesondere die angeführten Schriften von Dahm und Schaffstein, dazu Boldt, 3.StaatsWi. 1936, 475 ff. mit Schrifttum); auch Schwinge-Zimmerl S. 24 ff. betonen, daß die strafrechtlichen Begriffe nicht notwendig identisch mit den gleichlautenden Begriffen des bürgerlichen Rechts, daß sie keine festen Körper sind, die sich wie mathematische Formeln handhaben lassen.

8) vgl. insbes. Siebert DRWiss. 1936, 204 ff., dessen Ausführungen auch für uns von größter Bedeutung sind; ferner Wiacker DRWiss. 1937, S. 11; Schlegelberger, Abschied vom BGB; dazu Dölle ZAkDR 1937, 359 mit Schrifttum; Freisler, Einige Gedanken zur Erneuerung des deutschen Gemeinrechts; DGemeinWirtschR 1937, 85 ff.; neuerdings Eichler, ZAkDR 1937, 562 und Hedemann (Jahrbuch der AkDR 1937 S. 1 fg), der zutreffend auf die allgemeine „Privatrechtsmüdigkeit" hinweist.

9) so die Ausdrucksweise von Schwinge-Zimmerl (S. 31), die es für falsch und sinnwidrig halten, die Gegensätzlichkeit des früheren und heutigen Rechtsdenkens mit dem Gegensatzpaar „abstrakt-konkret" zu kennzeichnen und deshalb den Ausdruck „konkretes Ordnungsdenken" beanstanden. Für den Zweck dieser Untersuchung ist diese Verschiedenheit der Bezeichnung ohne besondere Bedeutung. Über sachliche Gegensätze vgl. jetzt Mezger ZAkDR 1937, 417/420.

10) DJZ 1900, 152.

telbar nach dem Inkrafttreten des BGB geäußert hat, daß sich nämlich „der Einfluß des BGB auf das Strafrecht in nichts Geringerem bewähren möge als in der wachsenden Klärung des innersten Gehalts und Zwecks unserer Strafrechtspflege."

Schon aus dieser kurzen Skizzierung der Ausgangsstellung ergibt sich, daß wir uns von Engisch, der neuerdings in seiner Abhandlung über die „Einheit der Rechtsordnung" auch die Frage der Übereinstimmung der Begriffe in verschiedenen Rechtsgebieten berührt und durch Beispiele erläutert hat[11]), nicht unwesentlich unterscheiden. Denn wir sehen in den festgestellten „Inhaltsverschiebungen", welche die angeblich entlehnten Rechtsbegriffe im Strafrecht erleiden, nicht nur „technische Widersprüche"[12]), sondern bedeutungsvolle Ansätze zu einer Entwicklung, die dem zivilistischen Rechtsdenken in strafrechtsfremden Begriffen gerade zuwiderläuft und unter keinem Gesichtspunkt in ihrer Bedeutung verkleinert werden darf. Gerade weil es sich bei den zu erörternden Fragen häufig um rein technische Einzelheiten zu handeln scheint, ist es notwendig, von Anfang an auf den weltanschaulichen Hintergrund dieser Entwicklung hinzuweisen und ihre rechtspolitische Bedingtheit[13]) zu betonen. Deshalb haben wir auch die richtungweisenden Leitsätze[14]) unserer Untersuchung vorangestellt, obwohl sich unverkennbar die Notwendigkeit gewisser Berichtigungen und Modifizierungen herausstellen wird. Dabei kann es sich aber offensichtlich nur um Fragen des Maßes handeln, welche die Richtigkeit der grundsätzlichen Einstellung nicht beeinträchtigen. Daß wir diese programmatischen Grundsätze nicht im Sinne eines Schlagworts, insbesondere nicht i. S. einer vollständigen Loslösung des Strafrechts vom Zivilrecht anwenden und dadurch mißbrauchen, soll die spätere Ausarbeitung beweisen. Denn in der Tat sind die Zeiten vorbei, in denen grundsätzliche Proklamationen über den weltanschaulichen Gehalt der strafrechtswissenschaftlichen Arbeit neu und notwendig waren, und besonders heute steht die Rechtswissenschaft wieder vor der Aufgabe, die Richtigkeit und die Auswirkungen der grundsätzlichen Neuausrichtung durch sorgfältige Einzelunterſuchungen aufzuzeigen und zu vertiefen[15]).

2. Zu diesem Zweck bedarf es zunächst einer genaueren Umschrei-

---

11) aaO. S. 43 ff.; vgl. die Besprechung von Wolf ZStrW. 56, 283 und Lobe GS 107, 205.

12) so Engisch aaO., der aber betont, daß diese Widersprüche als solche keine sachliche Bedeutung haben, z. T. zur Vermeidung von nicht volkstümlichen Kunstausdrücken in Kauf zu nehmen seien und geradezu ausfindig gemacht werden müßten, um sachliche Widersprüche zu vermeiden (S. 45).

13) Anders Nagler, GS. 111, 25: „Was aber die sog. Zivilisierung des öffentlichen Rechts angeht, so ist sie m. E. gar keine liberalistische Verirrung gewesen."

14) die zweifellos etwas apodiktisch und nichts weniger als allgemein anerkannt sind.

15) vgl. Schaffstein ZStrW 56, 104 und Schwinge-Zimmerl aaO. S. 11.

bung und Abgrenzung des Themas, das in mehrfacher Hinsicht unscharf formuliert zu sein scheint. Die gestellte Aufgabe beschränkt sich nämlich nicht darauf, lediglich die bei dem Aufbau der strafrechtlichen Tatbestände verwendeten Begriffe des Zivilrechts (des BGB, HGB)[16]) auf ihre Brauchbarkeit zur Umschreibung des strafrechtlich erheblichen Sachverhalts zu prüfen und ihre Inhaltsbestimmung durch die Rechtsprechung der Strafgerichte mit der Auslegung in ihrem „Heimatrecht" zu vergleichen. Vielmehr handelt es sich um die verallgemeinerte Fragestellung, ob alle diejenigen Begriffe, die unter derselben Bezeichnung[17]) in anderen Rechtsgebieten verwendet werden und angeblich durch die strafgesetzliche Verweisung dort entlehnt sind, auch im Strafrecht ihre festumrissene Bedeutung behalten können oder ob sie so nicht Begriffsfesseln darstellen, die der sinnvollen Anwendung strafrechtlicher Bestimmungen entgegenstehen und deshalb irgendwie, z. B. im Wege teleologischer Auslegung oder gar durch ein Eingreifen des Gesetzgebers, gelockert oder gesprengt werden müssen. In Betracht kommen demnach Begriffe aus den verschiedensten Rechtsgebieten, z. B. aus dem Staats-, Völker-, Beamten-, Vollstreckungs-, Prozeßrecht usw.[18]). Dabei wird zunächst die Richtigkeit der üblichen — einer Verselbständigung der strafrechtlichen Begriffe entgegenstehenden — Auffassung, wonach die Vorfrage, ob die einzelnen Begriffsmerkmale durch die strafgesetzliche Verweisung tatsächlich aus anderen Rechtsgebieten entlehnt sind, ohne weiteres zu bejahen ist, bewußt in Zweifel gezogen. Sodann wird aber auch dort, wo eine derartige Verweisung zunächst nicht zu bestreiten ist, alsbald die Frage einer abweichenden Auslegung der in Bezug genommenen Begriffe nach teleologischen Gesichtspunkten aufgeworfen, im Grunde also die Allgemeingültigkeit der Rechtsbegriffe über ihr Heimatrecht hinaus schlechthin zum Problem erhoben[19]).

16) Die Ausdrücke „Zivilrecht, bürgerliches Recht und Privatrecht" werden vielfach in ungenauer, hier aber unschädlicher Sprachweise als gleichbedeutend verwendet. Elster (DGemeinWirtschR. 1936, 337) schlägt stattdessen die Einführung der Bezeichnung „Gemeinrecht" vor; so auch Freisler aaO.

17) auch die Ausdrücke „Begriff" und „Wortbezeichnung" werden häufig synonym gebraucht, obwohl sie zweifellos verschiedene Dinge bezeichnen; vgl. Schnorr v. Carolsfeld DJZ 1935, 1475: „Der Begriff ist scharf zu trennen von dem Wort, mit dem man ihn bezeichnet".

18) vgl. z. B. die Begriffe Beamter, Anstellung (§ 359), Gesandter (§ 104), Ausland (§ 8), Gläubiger und Schuldner (§ 288), Partei (§ 356) u. a. m.; insbes. handelt es sich um alle diejenigen Rechtsbegriffe, die den Gegenstand einer Vorfrage i. S. des § 262 StPO bilden können, und um solche, die in der Lehre von den normativen Tatbestandselementen als spezifisch rechtlich-normative Tatbestandsmerkmale bezeichnet werden; vgl. hierüber unten S. 85, 315 ff.

19) Dagegen bildet die Frage der Aufzeigung und Beseitigung materieller Disharmonien zwischen Zivil- und Strafrecht, die z. B. in der Dissertation von Dahlem und in einer Sonderabhandlung Bindings über die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß untersucht worden sind, nicht den Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen. Dasselbe gilt von den Norm-, Wertungs-, teleologischen und Systemwidersprüchen i. S. von Engisch (aaO.) und den sonstigen Auswirkungen der „Unterwerfung des Strafrechts unter die zivilistische Methode"; vgl. darüber Freisler DJ 1936, 1570.

Die betonte Gegenüberstellung von Zivil- und Strafrecht in der Überschrift unseres Themas deckt also den Umkreis der zu erörternden Fragen nicht ganz; sie wird aber durch die Erwägung gerechtfertigt, daß bei den meisten der zu untersuchenden Begriffe gerade dieser Gegensatz von Bedeutung und die Bindung des Strafrechts an das zivilrechtliche Denken[20]) ganz besonders bedenklich ist. Denn der politische Gehalt des „normativistischen", abstrakten Rechtsdenkens tritt gerade bei den aus dem Zivilrecht, insbesondere dem Vertragsrecht entlehnten Begriffen am sinnfälligsten in Erscheinung. Unsere Untersuchung beschränkt sich deshalb auch nicht auf die zum Aufbau der Tatbestände des Besonderen Teils verwendeten Merkmale — obwohl diese den Hauptteil der Arbeit darstellen —, sondern wir werden auch einige der sog. Grundbegriffe des Allgemeinen Teils (z. B. Schuld, Rechtswidrigkeit, Unterlassung u. a.)[21]) in den Kreis der Erörterung einbeziehen und damit das Auslegungs- und Begriffsbildungsproblem zur Methodenfrage erweitern.

Diese Abgrenzung des Themas läßt es bereits als unmöglich erscheinen, diejenigen Fälle auszuschneiden, bei denen die Anlehnung an die zivilrechtliche Denkweise zweifellos verfehlt und nur durch eine offensichtlich unzulässige Übertragung zivilrechtlicher Gedankengänge zu erklären ist. Denn zweifellos kann sehr oft bei „richtiger" Auslegung und Anwendung des Strafgesetzes von einer Abhängigkeit des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten keine Rede sein. Die späteren Ausführungen werden zeigen, wie notwendig es ist, den hierauf gegründeten Einwand vorweg zu nehmen, es sei müßig, die Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung dort nachweisen zu wollen, wo in Wahrheit keine Bindung an außerstrafrechtliche Rechtsgebiete bestehe[22]). Denn der Streit der Meinungen dreht sich ja meist um die Kernfrage, welches denn die „richtige" Auslegung sei, und deren Beantwortung ist gerade von weltanschaulichen Erwägungen und der „Richtigkeit" der grundsätzlichen Einstellung abhängig. Aber auch abgesehen davon, daß es überheblich wäre, eine scharfe Grenze zwischen richtiger und falscher Auslegung

20) das schon mehrfach auch in anderen Rechtsgebieten, z. B. im Völkerrecht und im Arbeitsrecht gescheitert ist.

21) Gegen die Verwendung des systemtragenden Grundbegriffs „Strafanspruch" vgl. Schaffstein aaO.; zustimmend Höhn DR 1935, 266 und Freisler Jahrb. d. Dt. R. 1935, 535; Schlüter, in Der Ehrenschutz im neuen deutschen Strafverfahren S. 152, 166. Damit ist aber die Streitfrage noch nicht entschieden, vgl. Oetker GS 106, 412 Note 5 und GS 108, 1 ff.

22) so insbes. Liebisch zu der gleichen Problemstellung und Entwicklung im Steuerrecht; vgl. unten S. 160.

zu ziehen, erscheint es angebracht und sogar notwendig, auch diese Fälle in den Kreis der Untersuchung einzubeziehen. Denn gerade sie beweisen, wie stark die Bemühungen waren, das öffentliche Recht Schritt für Schritt mit dem liberalistischen Gedankengut des Privatrechts zu durchtränken und das Strafrecht selbst dort, wo es von sich aus seine Unabhängigkeit bewahrt hatte, der zivilistischen Denkweise zu unterwerfen. Soweit diese Versuche im Ergebnis gescheitert sind, ist dies ausschließlich der Rechtsprechung zu danken, die sich einer solchen unzulässigen Zivilisierung des Strafrechts erfolgreich entgegengestellt hat, während für die Rechtslehre nach dem sicherlich zutreffenden Urteil Grünhuts[23]) noch im Jahre 1932 die „Hinwendung zur Zivilrechtswissenschaft" charakteristisch war. Die Schilderung des Kampfes aber ist auch insoweit heute keineswegs überflüssig geworden; im Gegenteil, es besteht aller Anlaß, sich ins Gedächtnis zurückzurufen, wie gefährlich die Angriffe des zivilistischen Denkens waren[24]), und sich z. B. daran zu erinnern, daß der noch häufig zu erwähnende Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung tatsächlich dazu mißbraucht werden sollte, um einem offensichtlichen Landesverrat den Stempel der Rechtmäßigkeit zu verleihen[25]). Deshalb werden auch diejenigen Einzelfälle zum Beweis für die grundsätzliche Richtigkeit der Ausgangsstellung herangezogen, bei denen sich die Ausrichtung des Strafrechts am zivilistischen Denken bei „richtiger", insbesondere rückblickender Betrachtung als offensichtlich verfehlt erwiesen hat oder noch herausstellen muß.

3. Schon durch die Voranstellung der richtungweisenden Leitsätze unseres Vorspruchs haben wir das Ergebnis der Untersuchung in gewisser Weise vorweg genommen, nämlich uns zu der Auffassung bekannt, daß es notwendig ist, das Strafrecht von dem „Joch des zivilistischen Denkens" (Freisler) zu befreien. Der Nachweis, inwieweit die Abhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von außerstrafrechtlichen, insbesondere zivilrechtlichen Begriffen eine „Fessel" darstellt, die das Strafrecht im Kampf gegen den Verbrecher sehr behindert[26]), wird sich aus der späteren Untersuchung im einzelnen hinreichend ergeben. In diesem Nachweis liegt ein wesentlicher Teil der Aufgabe. Im übrigen aber

23) Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis S. 11.

24) vgl. Freisler DJ 1936, 1570: „Jedermann weiß, daß das zivilistische Rechtsdenken mit dem Anspruch auftrat, das Rechtsdenken schlechthin zu sein; daß diese Art des Rechtserkennens verlangte, als das mustergültige Rechtserkennen anerkannt zu werden. Die zivilistische Jurisprudenz sah auf das Rechtsdenken des Verwaltungsrechts und des Strafrechts herab. Sowohl im Verwaltungs- wie im Strafrecht blieb die Empfindung, daß man an Hand konkreter Lebensbetrachtung eine vernünftige Ordnung des Lebens durch das Recht erstreben müsse, stets lebendig."

25) die Mitteilung über die Einstellung von Zeitfreiwilligen könne kein Landesverrat sein, da der Versailler Vertrag diese Einstellung verbiete; so die Ansicht der Revision in dem Fall RG 62, 66.

26) sodaß die Verselbständigung eine „Befreiung" bedeutet.

sehen wir das Ziel der Arbeit bereits dann als erreicht an, wenn die Unabhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale, d. h. die „Möglichkeit" ihrer von den gleichlautenden Begriffen nichtstrafrechtlicher Rechtsgebiete abweichenden Auslegung nachgewiesen ist. Wir begnügen uns also überwiegend mit der Feststellung, daß die einzelnen strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale nicht notwendig ebenso ausgelegt zu werden brauchen wie die gleichlautenden Begriffe der anderen Rechtsgebiete, daß sie vielmehr „im Sinne des Strafrechts" zu verstehen, d. h. grundsätzlich „selbständig" sind. Die Frage dagegen, welchen positiven Inhalt diese selbständigen Begriffe haben, liegt außerhalb des Rahmens der gestellten Aufgabe[27]). Sie könnte wegen der großen Zahl der in Betracht kommenden Begriffe auch nicht annähernd abschließend beantwortet oder geklärt werden. Trotzdem wird das Ergebnis der Arbeit über diese negative Feststellung hinausgehen. Denn wir werden versuchen nachzuweisen, daß es eine spezifisch strafrechtliche Begriffsbildungs-[28]) und Auslegungsmethodik gibt, die in erster Linie durch ihre größere Wirklichkeitsnähe gekennzeichnet wird und die sich weit mehr mit dem „gesunden Volksempfinden", dem natürlichen Sprachgebrauch in Einklang hält als die scharf geschliffenen abstrakten Begriffsbildungen des Zivilrechts. Auch wenn wir darauf verzichten müssen, den Inhalt der strafrechtlichen Begriffe abschließend zu beschreiben[29]), so werden sich doch allgemeine Richtlinien und übergeordnete Gesichtspunkte aufstellen lassen, die einen brauchbaren Beitrag zur Fortentwicklung des allgemein erstrebten rechtsinhaltlichen Denkens und einer damit in Einklang stehenden Begriffsbildung darstellen.

Damit versuchen wir gleichzeitig einen unheilvollen Gegensatz des früheren Rechtsdenkens zu überwinden, der in fast allen Rechtsgebieten unter dem Schlagwort „rechtliche" (zivilrechtliche) und „tatsächliche" (faktische) Betrachtungsweise aufgetaucht ist. Dieser positivistische Dualismus beruht auf der grundfalschen und überheblichen Vorstellung, daß jenseits der Privatrechtsordnung, insbesondere des Vertragsrechts[30]), die Welt des Rechts zu Ende sei und das Gebiet des rein Faktischen, des „nur" Tatsächlichen beginne, das der Jurist nicht betreten dürfe und mit dem

27) Soweit es sich wirklich um eine Bindung an außerstrafrechtliche Begriffe handelt, kann deren Inhalt ohne weiteres an den in Bezug genommenen Normen „abgelesen" werden, so die allgemeine Meinung hinsichtlich der sog. spezifisch rechtlich-normativen Tatbestandsmerkmale. Vgl. unten S. 319 ff.

28) daß es spezifisch strafrechtliche Begriffe überhaupt gibt, bestreiten v. Liszt-Schmidt S. 255 Note 6; vgl. auch v. Hippel Lehrbuch S. 237.

29) wie dies z. B. bei den strafrechtlichen Definitionen „im Sinne dieses Gesetzes" (vgl. §§ 52 Abs. 2; 359 u. a.) geschehen ist, welche die Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung beispielhaft bestätigen.

30) Gegen die „normativistische" Neigung, alle nicht i. S. des allgemeinen Vertragsbegriffs zu erklärenden Lebensbeziehungen als „tatsächliche" Verhältnisse aufzufassen, Siebert aaO. 212; vgl. auch Nikisch-Oppermann JW 1936, 1183.

er sich nicht zu beschäftigen brauche. Obwohl schon das Bestehen zahlreicher „Tatsächlichkeitstheorien" allen Anlaß hätte geben müssen zu prüfen, ob das Leben wirklich nur mit den Hilfsmitteln des zivilrechtlichen, insbesondere des rechtsgeschäftlichen Denkens erfaßt werden kann, beginnt erst neuerdings sich die Erkenntnis durchzusetzen, daß in der durchaus irreführend sog. tatsächlichen Betrachtungsweise eine Entwicklung sich anbahnte, die unter Loslösung von dem Denken in abstrakten Allgemeinbegriffen das wirkliche Wesen der Dinge mit neuen, scheinbar unjuristischen Begriffen sinnvoll einzufangen suchte. Heute ist sogar durch Einzeluntersuchungen nachgewiesen, daß die „Ergebnisse der Tatsächlichkeitstheorie in den meisten Fällen richtig sind"[31]), und für das Gebiet des Strafrechts werden die folgenden Ausführungen diese These in überraschend weitem Umfang bestätigen. Wo die Rechtsprechung sich von den Fesseln abstrakter Allgemeinbegriffe freigemacht hat, um zu einer „richtigen" Entscheidung zu gelangen, geschah es durchweg mit Hilfe der tatsächlichen Betrachtungsweise, die in den verschiedensten Formen auftreten kann und die unter der Bezeichnung „wirtschaftliche Betrachtungsweise" vor allem im Steuerrecht bekannt geworden ist. Sie bildet die Reaktion gegen die allgemeine Neigung, die Wirklichkeit in ein System fest umrissener, abgezogener Begriffe zu pressen, und die Spuren dieses Kampfes sind gerade bei der Mehrzahl der „verselbständigten" strafrechtlichen Begriffe deutlich festzustellen. Deshalb werden wir vorerst auch diese Gegenüberstellung „rechtlich-tatsächlich" als Darstellungsmittel benutzen, um die Fronten zu klären[32]), und erst später dazu übergehen, diesen normativistischen Gegensatz durch die Anerkennung einer spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildungs- und Auslegungsmethodik zu überwinden, die trotz ihrer größeren Wirklichkeitsnähe an juristischem Gehalt den übrigen Rechtstheorien nicht nachsteht. Der schwierigere und wesentlichere Teil der Aufgabe liegt also darin, das Bestehen und die Richtigkeit einer sog. tatsächlichen Begriffsbildung nachzuweisen; denn damit ist der wichtigste Schritt

31) So Siebert aaO. S. 211 hinsichtlich der Tatsächlichkeitstheorie über das Wesen des Verlöbnisses; vgl. auch die weiteren Ausführungen daselbst, insbes. über die Nichtigkeit der Ehe und die Rückwirkung der Ehenichtigkeitserklärung, über das „tatsächliche" Beschäftigungsverhältnis (S. 218) und die „faktisch bestehende" Handelsgesellschaft (S. 225), die auch von unserem Standpunkt aus überaus lehrreich sind. Nachträglich sei verwiesen auf die bemerkenswerte Feststellung Sieberts (Die „faktische" Gesellschaft, Festschrift für Hedemann S. 289 N. 103), daß der dort entwickelte Standpunkt „eine weitgehende Annäherung der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Betrachtungsweise" bedeute.

32) Dasselbe gilt für den bisherigen Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht, den wir ebenfalls zur Auflockerung der Begriffsbildung benutzen werden. Ausführlich über die Unzulänglichkeit der Scheidung in Sachgebiete öffentlichen und privaten Rechts vgl. Bodo Richter „Gruppengemeinschaftsrecht", Verwaltungsarchiv 1936, 370 ff. mit Nachweisen; ferner Hofacker Arch. f. Rechts- u. Sozialphilosophie 1936, 437 ff. und die Leitsätze der Hochschullehrer DJ 1936, 52. Neuerdings E. R. Huber, ZStaatsWi. 1938, 310 fg.

zur Überwindung des erwähnten positivistischen Dualismus, zur Entwicklung der spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise bereits getan.

4. Ist die Wahl unseres Themas durch die geschilderte Eingliederung in die Entwicklung der Strafrechtserneuerung auch schon hinreichend gerechtfertigt, so bedarf doch der Umstand, daß die Arbeit kurz vor dem Inkrafttreten eines neuen Strafgesetzbuchs begonnen und abgeschlossen wird, noch einer näheren Erklärung. Denn es könnte zunächst wenig sinnvoll erscheinen, eine Untersuchung, deren Ergebnis gerade auch für das neue Strafrecht Bedeutung gewinnen soll, auf der Grundlage des alten StGB von 1871 durchzuführen und für Begriffsbildungs- und Auslegungsfragen die Straftatbestände des nicht mehr lange geltenden StGB heranzuziehen. Diese Methode ist aber schon deshalb notwendig, weil die Entwicklung unserer Problemstellung, insbesondere die Bestrebungen, das Strafrecht an zivilrechtliche Denkformen zu binden oder es von ihnen zu befreien, nur an Hand des alten StGB und der bisherigen Rechtsprechung verfolgt werden können. Darüber hinaus erscheint es angebracht, die besondere Situation, die zur Zeit des Inkrafttretens des bisherigen StGB bestand, für die Lösung unserer Aufgabe nicht unausgenutzt oder gar in Vergessenheit geraten zu lassen. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Frage der Bindung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale an zivilrechtliche Begriffe und die Zulässigkeit ihrer Emanzipation in einem völlig anderen Lichte erscheinen muß, wenn dem einheitlichen Reichsstrafgesetzbuch verschiedene Landesprivatrechte gegenüberstehen, wie dies bis zum Jahre 1900 der Fall gewesen ist. Zweifellos hat dieser Umstand die Tendenz, die strafrechtlichen Begriffe zu verselbständigen — wenn auch nicht veranlaßt, so doch — sehr begünstigt; und auch noch nach dem Inkrafttreten des BGB hat man nicht ohne Berechtigung versucht, aus dieser Tatsache und aus der zeitlichen Priorität der strafrechtlichen Bestimmungen Folgerungen für die Entscheidung unserer Fragestellung herzuleiten. Hinzukommt, daß der Gesetzgeber die Aufhebung der verschiedenen Landesprivatrechte durch die Kodifikation des BGB zum Anlaß genommen hat, die Frage der strafgesetzlichen Verweisung auf Rechtsnormen aufgehobener Gesetze in gewisser Weise ausdrücklich zu regeln. Insbesondere die Vorschrift des Artikels 33 EGBGB wird für unsere Arbeit von Bedeutung sein. Alle diese aus einer besonderen, einmaligen zeitlichen Situation sich ergebenden Gesichtspunkte sind zum mindesten für die Frage des Verhältnisses des Zivilrechts zum noch geltenden StGB zu berücksichtigen. Aber auch für das künftige Strafrecht werden sie ihre Bedeutung nicht verlieren, zumal sonstige brauchbare Anhaltspunkte zur Lösung dieser Frage nur in beschränktem Umfang zur Verfügung stehen.

Eine Untersuchung, die sich mit dem Vergleich der in mehreren Rechtsgebieten vorkommenden gleichlautenden Begriffe beschäftigt, ist offensichtlich von der jeweils geltenden positiven Normenordnung weitge-

hend abhängig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man es für wenig sinnvoll betrachtet, das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht etwa ausschließlich unter rechtsphilosophischen oder rein logischen Erwägungen zu prüfen[33]). Diese Erkenntnis ändert aber nichts daran, daß unsere Fragestellung als methodologisches Problem auch nach dem Inkrafttreten des neuen StGB bestehen bleibt. Lediglich ihr Umfang wird sich etwas ändern, da der Gesetzgeber es zweifellos in der Hand hat, die einzelnen Straftatbestände mehr oder weniger mit selbständigen, zum Teil sogar neuen, oder mit aus anderen Rechtsgebieten entlehnten Begriffen zu umschreiben[34]). In grundsätzlicher Hinsicht ist unsere Problemstellung gewissermaßen „überpositiv"[35]), wie sich auch schon daraus ergibt, daß sie im Ausland, vor allem in der Schweiz, ebenfalls aufgetaucht ist, und zwar sowohl hinsichtlich des deutschen wie des französischen Gesetzestextes[36]). Mit dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzes wird sich die Frage nach dem Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht also keineswegs erledigen; im Gegenteil, sie taucht in Zukunft sogar in verschärfter Form auf: Das neue Strafrecht wird als erste große Kodifikation des neuen Staates der Schrittmacher der allgemeinen Rechtserneuerung sein[37]); es wird zweifellos auch scheinbar zivilrechtliche und sonstige angeblich „entlehnte" Begriffe verwenden und kann, wenn überhaupt, zunächst nur auf die Begriffe des geltenden BGB verweisen, in denen das Gedankengut des rechtsstaatlichen Liberalismus am sinnfälligsten verkörpert ist und die gerade deshalb als besonders reformbedürftig bezeichnet worden sind[38]). Mit einem Eingreifen des Gesetzgebers auf dem gesamten bürgerlich-rechtlichen Gebiet, soweit es mit dem Strafrecht in Verbindung steht, ist vorläufig noch nicht zu rechnen. Die Notwendigkeit einer „Umdenkung" der zivilrechtlichen Begriffe ist zwar wiederholt betont, mit der Durchführung dieser Aufgabe jedoch gerade eben erst begonnen worden. Welche Schwierigkeiten dabei zu überwinden sind, zeigt sehr lehrreich die bereits mehrfach erwähnte Untersuchung von Siebert, die wir als wesentliche Unterstützung unserer Arbeit begrüßen, die aber deutlicher denn je die Reformbedürftig-

33) Sie nehmen bei Engisch (Einheit) einen großen Raum ein.

34) Inwieweit dies im neuen Strafgesetzbuch durchgeführt ist, wird im Zusammenhang später darzustellen sein.

35) vgl. Lobe (Gutachten zum 36. Juristentag S. 8), der zutreffend hervorhebt, daß die Beurteilung des Einflusses des bürgerlichen Rechts unabhängig von der Geltung dieses oder jenes Strafgesetzes ist und durch die Einführung des neuen StGB nicht beeinflußt wird.

36) vgl. unten S. 39.

37) Über den großen Vorsprung des Strafrechts gegenüber dem Gemeinrecht auf dem Wege zu einem wahrhaft völkischen Lebensrecht vgl. Freisler, Schlegelberger-Festgabe 1936, 42.

38) vgl. insbes. die bereits erwähnten Arbeiten von Siebert, Schnorr von Carolsfeld, Schlegelberger, Freisler und Dölle; ferner Eichler, DRWiss. 1936, 262 ff. und Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht 1934.

keit der zivilrechtlichen Begriffe vor Augen führt. Eine Bindung des neuen Strafrechts an die veralteten Begriffe des BGB wäre offensichtlich noch bedenklicher als die bisherige zweckwidrige Zivilisierung des Strafrechts. Deshalb gewinnt unsere Fragestellung gerade im gegenwärtigen Zeitpunkt und im Hinblick auf das künftige Recht erhöhte Bedeutung. Der Kampf um die Loslösung der strafrechtlichen Begriffe vom Zivilrecht muß deshalb auch für das neue StGB fortgeführt werden, das bereits so feste Gestalt gewonnen hat, daß es in unsere Untersuchung einbezogen werden kann[39]). Solange die zivilrechtlichen Begriffe nicht i. S. der Rechtserneuerung überprüft und neugestaltet worden sind, wird auch die künftige Strafrechtsdogmatik mehr durch die Betonung der Gegensätze als durch die Hervorhebung der Gemeinsamkeiten mit dem Zivilrecht gewinnen können. Die Überbrückung dieses Gegensatzes muß späteren Bemühungen, insbesondere der Zivilrechtswissenschaft überlassen bleiben. Vorerst wird sich das Strafrecht um die Erringung der erforderlichen Unabhängigkeit bemühen müssen, damit aber auch begnügen dürfen, in dem Bewußtsein, gleichzeitig für die Erneuerung außerstrafrechtlicher Rechtsbegriffe einen wesentlichen Beitrag geleistet zu haben.

5. Mit Recht hat Siebert[40]) darauf hingewiesen, daß die Überwindung eines veralteten Systems nicht allein durch den Gesetzgeber erwartet werden kann, sondern daß auch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft hierbei mitarbeiten, insbesondere die Rechtserneuerung vorbereiten müssen[41]). Für die Klärung des Verhältnisses zwischen Zivilrecht und Strafrecht kommt dieser Forderung erhöhte Berechtigung zu. Gewiß würde der Gesetzgeber, ähnlich wie es z. B. in Artikel 33 EGBGB geschehen ist, auch diese Frage ausdrücklich entscheiden, insbesondere das Verhältnis der in beiden Rechtsgebieten verwendeten Begriffe gesetzlich festlegen können. Daß aber ein derartiges Unternehmen wenig zweckmäßig wäre, kann nicht zweifelhaft sein. Nach dem gegenwärtigen Stand der bereits abgeschlossenen strafrechtlichen Reformarbeiten ist auch mit einer ausdrücklichen Regelung dieser Frage, deren grundsätzliche Bedeutung bisher kaum erkannt wird, nicht zu rechnen. Ihre Beantwortung bleibt deshalb auch im neuen Strafrecht der Auslegung der einzelnen strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale überlassen; jedoch wird der dann gesetzlich anerkannte Grundsatz der

39) Die Abhängigkeit des Strafrechts vom bürgerlichen Recht schlechthin ist damit bereits jetzt „zur erneuten Diskussion" gestellt; sie muß jetzt schon, nicht erst, wie Kahlrausch (Schlegelberger-Festgabe S. 212) meint, nach Fertigstellung der neuen Grundlagen des bürgerlichen Rechts aufgenommen werden.

40) aaO.

41) Die Rechtswissenschaft habe, da der Gesetzgeber die Neuordnung nur als Schlußstück bringen könne und die Rechtsprechung nur in einzelnen Vorstößen arbeite, die wichtige Aufgabe einer ganzheitlichen Schau der neuen, lebendig gegliederten Volksordnung. Die Ausbildung eines neuen Allgemeinen Teils will Siebert (aaO. S. 247) sogar ausschließlich der Rechtswissenschaft überlassen.

teleologischen Auslegung der Strafgesetze[42]) hierbei wertvolle Unterstützung leisten. Dieser Grundsatz, der im Prinzip bisher schon anerkannt war, stellt eine deutliche Absage an jeglichen Begriffskultus dar; er erhält seine besondere Bedeutung durch den Hinweis, daß neben der ratio legis auch „das gesunde Volksempfinden" zu berücksichtigen ist[43]), das als letzter Ausrichtungspunkt der strafrechtlichen Dogmatik in zahlreichen Einzelbestimmungen des Entwurfs verwendet wird. Nun ist es einleuchtend, daß alle diejenigen strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale, die in anderen Rechtsgebieten noch keine juristisch-technische Umschreibung erhalten haben, weil sie vorwiegend „tatsächlicher Natur" sind, der sinngemäßen Auslegung nach dem besonderen Grundgedanken der jeweiligen Strafbestimmung weit geringere Schwierigkeiten bereiten[44]) als die aus anderen Gebieten entlehnten „Rechtsbegriffe", die sog. spezifisch-rechtlich normativen Tatbestandselemente, die nach dem Urteil Maurachs[45]) gerade wegen ihrer juristisch-technischen Bedeutung „dem Einfluß der Volksanschauung am ehesten entzogen" sind. Es wird deshalb unsere besondere Aufgabe sein, die bisher kaum behandelte Frage zu untersuchen, wie das Prinzip der am gesunden Volksempfinden auszurichtenden teleologischen Auslegung der Strafgesetze sich bei den aus anderen Gebieten angeblich entlehnten spezifischen Rechtsbegriffen auswirkt, und wie der aufgezeigte Widerstreit überwunden werden kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt werden wir zu dem Ergebnis gelangen, daß — jedenfalls bei dem gegenwärtigen Stand der zivilrechtlichen Dogmatik — die begriffliche Abhängigkeit des Strafrechts der sinngemäßen Auslegung seiner Bestimmungen nach ihrem besonderen Sinn und Zweck weitgehend hindernd entgegensteht, und daß die teleologische Begriffsbildung und Auslegung im Strafrecht erst nach der Befreiung aus den zivilrechtlichen Fesseln den Anschluß an das gesunde Volksempfinden erreichen kann. Insofern stellt unsere Arbeit einen Beitrag zur Anwendung des neuen Auslegungsgrundsatzes dar, dessen Leitgedanken zwar bisher schon im wesentlichen anerkannt sind, die aber noch der Übersetzung in konkreter gehaltene Richtlinien bedürfen[46]).

43) „Jedes Strafgesetz ist nach seinen Grundgedanken sinngemäß auszulegen".

43) so der Vorspruch zum neuen StGB; ursprünglich war ein derartiger Hinweis sogar innerhalb des Auslegungsgrundsatzes selbst vorgesehen; vgl. E. Schäfer DJ 1935, 1516.

44) Bemerkenswerte Beispiele für die Möglichkeit einer sehr weitgehenden Auslegung „tatsächlicher" Begriffe unter teleologischen Gesichtspunkten finden sich in RG 67, 168 und 294 hinsichtlich der Begriffe „Inverkehrbringen" i. S. des § 147 StGB und „als echtes Empfangen" i. S. des § 148 StGB; vgl. hierüber unten S. 201.

45) Volksethik S. 9.

46) Verfehlt wäre es jedenfalls, die Einzelfragen, die sich aus unserer Problemstellung ergeben (z. B. ob jemand, der nicht im staatsrechtlichen Sinne Beamter ist, dennoch i. S. des StGB Beamter sein kann; ob der strafrechtliche Begriff des

6. Ob die gleichlautenden Begriffe im Zivil- und Strafrecht identisch sind oder ob das Strafgesetz sich von der begrifflichen Bindung an strafrechtsfremde Gebiete befreit, auf eigene Füße gestellt hat, muß für jedes einzelne Tatbestandsmerkmal besonders geprüft werden. Hierbei können wir allerdings auf wichtige Vorarbeiten zurückgreifen und weitgehend auf deren Ergebnissen aufbauen. Denn die Strafrechtswissenschaft hat sich schon seit langem bemüht, den Inhalt besonders wichtiger strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale näher zu bestimmen und die Auslegung dieser Begriffe in den verschiedenen Rechtsgebieten untereinander, vor allem mit ihrer Inhaltsumschreibung im Zivilrecht, zu vergleichen. Es ist sehr bemerkenswert, daß viele dieser Arbeiten, die zu ganz verschiedenen Zeiten und unter völlig verschiedenen Gesichtspunkten durchgeführt wurden, im Ergebnis zu einer Selbständigkeit des Strafrechts, zu einer Unabhängigkeit der jeweils untersuchten Begriffe gelangt sind, obwohl ihren Verfassern die weltanschauliche Bedingtheit der verschiedenen Arten des Rechtsdenkens wohl kaum bewußt geworden ist. Es ist ferner kennzeichnend für die frühere Auffassung, daß diese Ergebnisse jeweils unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Ausnahme von der ohne weiteres unterstellten Gemeinsamkeit der Grundlage beider Rechtsgebiete, insbesondere der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe, begründet worden sind. Am bekanntesten und in der Problemstellung vielleicht am einfachsten gelagert sind die Untersuchungen, die sich mit dem Begriff des Besitzes (Ge-

Veräußerns i. S. des § 288 StGB auch das Verpfänden umfaßt; ob die durch uneheliche Geburt vermittelte Verwandtschaft strafrechtlich anerkannt werden darf u. a.) mit Hilfe der Rechtsschöpfung durch entsprechende Gesetzesanwendung zu lösen (vgl. bereits Schwarz, ZAkDR 1936, 288). Denn auf sie darf erst dann zurückgegriffen werden, wenn sich die Erreichung einer sachlich gebotenen Entscheidung im Wege der Auslegung als unmöglich herausgestellt hat. Eine derartige „Subsidiarität" der entsprechenden Gesetzesanwendung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz und darf — abgesehen von geringfügigen, hier nicht weiter zu verfolgenden Besonderheiten (vgl. z. B. Mezger, ZAkDR 1938, 119) — als allgemein anerkannt bezeichnet werden.

Insofern besteht zwischen der Lösung unserer Frage nach altem und neuem Strafrecht kein grundsätzlicher Unterschied. Das bisherige Analogieverbot im Strafrecht hatte sich gerade dahin ausgewirkt, daß die Möglichkeiten der Auslegung von der Rechtsprechung bis zum Äußersten ausgenutzt, ihre Grenzen nach Ansicht mancher sogar überschritten wurden. Die Zulassung der entsprechenden Gesetzesanwendung darf keinesfalls dazu führen, daß die strafrechtlichen Begriffe nunmehr in der engen juristisch-technischen Bedeutung außerstrafrechtlicher Gebiete ausgelegt und alle übrigen Fälle mit Hilfe der Rechtsschöpfung gelöst werden. Im Gegenteil, gerade in letzter Zeit beginnt sich die Erkenntnis durchzusetzen, daß die „Hauptbedeutung der Analogiezulassung in der Ermutigung des Richters besteht, durch eine freiere Auslegung (!) dem modernen Strafrechtsdenken Eingang zu verschaffen" (vgl. Rietzsch DJ 1936, 1938; ebenso K. Schäfer DJ 1937, 709; DStrR 1937, 107; JW 1937, 702 und 1800; Mezger JW 1937, 628 und DJ 1937, 862; ZAkDR 1938, 116; Dahm ZStrW 57, 263. u. a.). In allen diesen und den später noch zu erörternden Fällen läßt sich die richtige Entscheidung ohne weiteres durch eine sinngemäße Auslegung erreichen, so daß die Heranziehung der Rechtsschöpfung überflüssig und unzulässig ist.

wahrsams) im Zivil- und Strafrecht beschäftigen[47]), und zwar auch noch in neuester Zeit[48]), obwohl eigentlich seit langem kein Zweifel mehr darüber aufkommen sollte, daß diese Frage zugunsten der spezifisch strafrechtlichen Natur des Gewahrsamsbegriffs entschieden, also im Sinn einer selbständigen Eigenbegriffsbildung des Strafrechts geklärt ist.

Auch in vielen anderen strafrechtlichen Arbeiten steht das begriffliche Verhältnis des Zivil- und Strafrechts mehr oder weniger im Mittelpunkt der Betrachtung. Das gilt zunächst für die Studie Wolfs über den Sachbegriff[49]), die wegen ihres kühnen Ergebnisses bekannt geworden ist, und in noch größerem Maße für die Monographie Hirschbergs über den Vermögensbegriff. Vorbildlich in der Methode und von besonderer Wichtigkeit für unsere Frage sind sodann diejenigen — allerdings sehr seltenen — Abhandlungen, in denen, wie z. B. in H. Mayers Darstellung der Untreue, das Verhältnis zwischen Strafrecht und Zivilrecht mit besonderer Aufmerksamkeit erörtert und von einer bloßen Verweisung aufs Zivilrecht bewußt Abstand genommen ist, weil „das Strafrecht die fraglichen Probleme in ganz anderer Art und Weise behandeln muß"[50]). In besonders zugespitzter Form findet sich dieselbe Problemstellung in der leider wenig beachteten Dissertation von Creifelds[51]), die neue und interessante Erkenntnisse gerade deshalb vermittelt, weil in ihr die Loslösung der strafrechtlichen Beweisführung von der zivilrechtlichen Dogmatik bis in die kleinsten Einzelheiten durchgeführt worden ist. Auf diese und die übrigen in Betracht kommenden Arbeiten werden wir später ausführlich eingehen müssen. An dieser Stelle genügt es, um einige weitere Beispiele zu geben, kurz zu erwähnen, daß Träger die Frage des Ursachenzusammenhangs, Schubert die der Rückwirkung, Goldschmidt den Begriff der Schuld und Seib den der Rechtswidrigkeit jeweils für das Gebiet des Straf- und Zivilrechts vergleichend untersucht haben[52]). In den meisten dieser Schriften ist die Notwendigkeit oder Zulässigkeit der Ausrichtung des strafrechtlichen Denkens an zivilrechtlichen Begriffen und Gedankengängen irgendwie wenigstens als Problem empfunden[53]), und es wundert eigentlich, daß die grundsätzliche Frage in verallgemeinerter

47) Angefangen mit den ersten Arbeiten von Lobe, Redslob, Micelli, u. a. bis zur Preisschrift von Siebert; vgl. hierüber unten S. 61, 202 fg.

48) vgl. Soltmann, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 349.

49) RG Festgabe Bd. V S. 44 ff.

50) H. Mayer Vorwort III zur „Untreue".

51) über die strafrechtliche Bedeutung der gegen die guten Sitten verstoßenden Einwilligung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 266.

52) Von den älteren Arbeiten ist Maschke, Das Eigentum im Straf- und Zivilrecht 1895 zu erwähnen; vgl. auch die im Schrifttumsverzeichnis angeführten Arbeiten von Zitelmann und Brauweiler.

53) Darin liegt ihr großer Vorzug vor den übrigen Untersuchungen, welche die Identität der Rechtsbegriffe ohne weiteres unterstellen und deshalb als dogmatisch verfehlt bezeichnet werden müssen.

Form — trotz wiederholter Anregungen, insbesondere durch die Prozessualisten[54]) — seit der richtungweisenden Arbeit von Lobe aus dem Jahre 1898, die in der Festgabe für Frank[55]) lediglich etwas erweitert worden ist, keine größere Beachtung gefunden hat[56]).

Das ist offenbar darauf zurückzuführen, daß bis zum Jahre 1933 die rechtspolitische Bedingtheit der Fragestellung kaum in Erscheinung trat. Die Übereinstimmung der strafrechtlichen Begriffe mit den gleichlautenden anderer Rechtsgebiete, die dort eine scharfe Ausprägung erhalten hatten, entsprach dem Rechtssicherheitsbedürfnis des rechtsstaatlichen Liberalismus. Sie fußte auf der positivistischen Vorstellung von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe und wurde durch das normativistische Denken in abstrakten Allgemeinbegriffen tatkräftig unterstützt. Es wäre wohl auch ein wenig aussichtsvolles Bemühen gewesen, die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale unter dem Gesichtspunkt einer spezifisch strafrechtlichen, vom Zivilrecht abweichenden Auslegung in einer Zeit zu untersuchen, in der fast alle maßgebenden Lehrbücher, besonders die von Frank und Gerland[57]) ohne weiteres davon ausgingen, es stehe „grundsätzlich fest, daß bürgerlich-rechtliche Begriffe, wie sie im Strafrecht auftreten, i. S. des bürgerlichen Rechts zu verstehen" seien, und in der jeder Versuch, die strafrechtlichen Begriffe selbständig, also unabhängig vom Zivilrecht auszulegen, mit dem Hinweis auf die längst erledigte Lehre vom sog. strafrechtlichen Eigentum und die gefestigte Rechtsprechung des RG zum Merkmal „fremd" erfolgreich bekämpft zu werden pflegte[58]). Insbesondere bildete die Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts,

54) vgl. unten S. 85 fg.; insbes. Kuttner S. 230: „Stiefmütterlich behandelte Frage"; Saunus S. 35: „Eine umfassende Vergleichung der Begriffe ist bis heute noch nicht durchgeführt".

55) Bd. I S. 33 ff.

56) vgl. auch Lobe, LK, Allgemeiner Teil S. 24 ff.; aus früherer Zeit vor allem Schroeder (ArchZivPrax. 97, 375ff.): Über Wechselwirkungen des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts. — Einen besonderen, wenn auch nur kürzeren Abschnitt haben wir dieser Frage in einer früheren Arbeit gewidmet (Strafr.Abhdlg. Heft 295, S. 103), die an Hand eines Sonderproblems die Notwendigkeit der Loslösung des Strafrechts aus zivilrechtlichen Denkfesseln und die Vorteile der sog. tatsächlichen Betrachtungsweise darzulegen versucht. Vgl. zustimmend Koffka ZStrW 1934, 583; Fraeb GS 103, 360; Brodmann JW 1933, 93. Die dort behandelte Frage, inwieweit die Organeigenschaft des Täters einen Strafhinderungsgrund darstellt, wird im neuen Strafrecht durch Einfügung einer besonderen Bestimmung in den Allgemeinen Teil über die Strafbarkeit des Handelns für einen anderen ausdrücklich geregelt; sie hat aber unter dem ursprünglich interessierenden Gesichtspunkt einer spezifisch strafrechtlichen Auslegungsmethodik keineswegs ihre Bedeutung verloren. Vgl. hierzu auch Bruns DJ 1934, 1589; Grau DJ 1935, 740; Nationalsozialistische Leitsätze (Allgemeiner Teil) Nr. 24 mit Begründung S. 35.

57) vgl. Frank insbesondere zu § 266 S. 604 gegen den strafrechtlichen Begriff des Bevollmächtigten; ferner Gerland unten S. 19 Note 77.

58) vgl. sogar Lobe (Frank-Festgabe) S. 53 gegen den spezifisch strafrechtlichen Begriff des Bevollmächtigten.

die durch die Erhebung des „geschützten Rechtsguts" zum letzten Ausrichtungspunkt der strafrechtlichen Dogmatik ihre Krönung erfuhr, ein fast unüberwindliches Hindernis für alle Bemühungen, die strafrechtlichen Begriffe von den Fesseln des zivilistischen Rechtsdenkens zu befreien und zu verselbständigen.

7. Wenn wir heute an diese Aufgabe herangehen, die Lobe im Jahre 1898 als „ein zu vermessenes Unternehmen" bezeichnet hat[59]), und uns dabei als Ziel setzen, die bisher wenig beachteten Einzelfälle zu einer grundsätzlich selbständigen spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik zusammenzufassen, so geschieht dies einmal im Hinblick auf den bereits erwähnten Umschwung vom normativistischen abstrakten Rechtsdenken zum konkreten Ordnungs-, zum rechtsinhaltlichen Denken[60]). Darüber hinaus glauben wir in der Entwicklung eines dem Strafrecht sehr verwandten Gebiets, nämlich des Steuerrechts, einen Bundesgenossen gefunden zu haben, dessen Unterstützung für uns von besonderem Wert sein wird. Im Steuerrecht hat sich nämlich schon seit längerer Zeit im Grunde die gleiche Problemstellung ergeben, und sie ist — im ganzen gesehen — zugunsten der Verselbständigung und Unabhängigkeit der Steuerrechtsbegriffe entschieden worden. „Das ist über den engen Rahmen des Steuerrechts hinaus deshalb von symptomatischer Bedeutung, weil das Steuerrecht . . . eine Art Heiligtum des liberalrechtsstaatlichen Positivismus war" und sein rechtswissenschaftliches System „in bewußter Analogie zum Strafrecht" entwickelt wurde[61]). Es ist geradezu erstaunlich, daß diese Auflösung des Positivismus, dieser Bankrott des zivilistischen Denkens auf dem Gebiet des Steuerrechts, der dort vorwiegend unter dem Stichwort „wirtschaftliche Betrachtungsweise" mit großer Schärfe und zum Teil mit denselben Beweismitteln wie im Strafrecht umkämpft wurde, nicht längst für die Frage der Bindung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale an zivilrechtliche Begriffe ausgewertet worden ist. Dies gilt um so mehr, als die steuerrechtliche Entwicklung neuerdings durch das Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 1934 (RGBl. I S. 925) zu einem gewissen Abschluß gebracht und die Tendenz zur steuerrechtlichen Eigenbegriffsbildung als grundsätzlich richtig bestätigt worden ist. Denn das Fehlen eines dem § 4 RAbgO.[62]) entsprechenden Auslegungsgrundsatzes im Strafrecht und eines geschriebenen Analogieverbots im Steuerrecht kann hierfür kaum als triftiger Hinderungsgrund angeführt werden. Jedenfalls läßt sich für das neue Strafrecht, das einen entsprechenden Auslegungsgrundsatz enthält, die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit einer vergleichenden Betrachtung beider Rechtsgebiete nicht bestreiten; und die Verwertung der steuerrechtlichen Entwicklung wird deshalb sowohl hinsichtlich der Fragestellung als auch hinsichtlich des Ergebnisses einen wichtigen Platz in unserer Untersuchung einnehmen[63]).

59) vgl. Vorwort.

60) Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich viele Einzelfragen der Strafrechtserneuerung, z. B. die Erkenntnis der unzulässigen Zivilisierung des öffentlichen Rechts, die Ablehnung der ausschließlich am „Rechtsgut" orientierten Dogmatik u. a. zusammenfassen; er soll letzten Endes zur Überwindung des Gegensatzes von Sollen und Sein und zur wesensmäßigen Erfassung des Inhalts rechtlicher Begriffe führen.

61) so Carl Schmitt, Die drei Arten des rechtswiss. Denkens S. 61 ff.

62) Die Paragraphenbezeichnung hat mehrmals gewechselt; ursprünglich waren es die §§ 4, 5 RAbgO., später die §§ 9, 10, und auch diese sind neuerdings durch die §§ 1, 5 ff. des Steueranpassungsgesetzes ersetzt worden.

Aber auch diese Unterstützung würde vielleicht noch nicht ausreichen, um unserer Arbeit, für deren Lösung jegliche begriffliche Anhaltspunkte fehlen[64]), Aussicht auf Erfolg zu geben, wenn wir nicht in der langjährigen Rechtsprechung des RG in Strafsachen einen weiteren Bundesgenossen hätten, mit dessen Hilfe wir es wagen könnten, an die Lösung unserer Aufgabe heranzugehen. Eine umfassende allgemeine Auswertung der Rechtsprechung unter dem besondern Gesichtspunkt der Loslösung des strafrechtlichen Denkens von der zivilrechtlichen Dogmatik fehlt bisher, obwohl auch in den einschlägigen Untersuchungen die Entscheidungen des RG berücksichtigt worden sind. Bemerkenswerte Ansätze hierzu finden sich insbesondere bei Schwinge[65]), der sich unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der teleologischen Begriffsbildung auch mit unserer Fragestellung kurz beschäftigt, der aber hinsichtlich des verarbeiteten Materials unzureichend, zum Teil heute auch überholt ist und deshalb ein abschließendes Bild nicht zu geben vermag[66]). Wohl aber können wir aus der Arbeit Schwinges die Erkenntnis entnehmen, wie wichtig und lehrreich es ist, die Rechtsprechung des RG auf ihre leitenden Gesichtspunkte für die Begriffsbildung und Auslegung hin zu untersuchen. In der Darstellung der Rechtsprechung unter der besonderen Fragestellung unseres Themas liegt deshalb der Schwerpunkt und Hauptteil der folgenden Ausführungen. Als Vorbild dienen die methodisch ähnlichen Untersuchungen von Müller-Erzbach auf dem Gebiet des allgemeinen Zivilrechts[67]), von Hedemann[68]) auf dem speziellen Gebiet des Wirtschaftsrechts und vor allem die ausgezeichnete Darstellung Balls[69]) über die Abwandlungen privatrechtlicher Begriffe im Steuerrecht, die uns noch ausführlich beschäftigen wird. Durch

63) vgl. unten S. 123.

64) Sehr wenig ermutigend — allerdings auch in anderem Zusammenhang — H. Mayer (Strafrecht S. 300): „Die legislative Technik mit ihren ausdrücklichen und stillschweigenden Verweisungen macht die materiell sinnlose (!) Frage, aus welchem Gesetzestext eine Vorschrift stammt, zu einem Rätselraten".

65) Teleologische Begriffsbildung S. 69 bis 71.

66) Ganz abgesehen von den neuerdings erhobenen Einwendungen und Bedenken gegen die Schwingesche Arbeit, auf die wir, soweit sie für unsere Untersuchung von Interesse sind, noch zurückkommen werden.

67) Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932.

68) Reichsgericht und Wirtschaftsrecht 1929.

69) Steuerrecht und Privatrecht 1924.

die fortlaufende und unmittelbare Anlehnung an die Rechtsprechung[70]) glauben wir auch der Gefahr vorzubeugen, daß die Frage der Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung allzusehr unter theoretischen Gesichtspunkten erörtert und dadurch gegen den Grundsatz verstoßen wird, daß der Wert rechtswissenschaftlicher Arbeit vorwiegend danach zu bestimmen ist, inwieweit ihr Ergebnis in der Praxis der Gerichte als Hilfsmittel verwendet werden kann. Daraus folgt andererseits, daß wir unsere Untersuchungen nicht in die hohen Sphären der Dialektik treiben dürfen, wie dies z. B. in Wolfs „Sachbegriff" durchgeführt ist. Wir werden uns vielmehr bewußt in größerer Erdennähe halten[71]) und lediglich versuchen, die im Feuer der praktischen Erfahrung von der Rechtsprechung geschmiedeten Begriffe unter den Gesichtspunkt „Loslösung vom Zivilrecht" auf ihren Feingehalt zu untersuchen. Damit ist keineswegs gesagt, daß die Rechtsprechung des RG unbesehen als für die Lösung der gestellten Aufgabe vorbildlich anerkannt werden soll. Aber trotz zuweilen unumgänglicher Kritik darf als Ergebnis vorweggenommen werden[72]), daß es ein bleibendes Verdienst der Rechtsprechung ist, dem übermächtigen Druck der zivilistischen Doktrin nicht erlegen zu sein, sondern die Selbständigkeit und Unabhängigkeit einer an den besonderen Aufgaben des Strafrechts ausgerichteten Begriffsbildung und Auslegung erfolgreich verteidigt zu haben. Insoweit werden deshalb auch keine Bedenken bestehen, die für den Emanzipationsprozeß wichtigen Entscheidungen des RG auch bei der Handhabung des neuen Strafrechts zu berücksichtigen[73]).

Das vorwiegend auf die Auswertung der Rechtsprechung gerichtete Ziel unserer Arbeit bringt es mit sich, daß das sich mit der Auslegung einzelner Begriffe befassende *frühere Schrifttum* in seiner Bedeutung zurückgedrängt wird. Es verdient auch nur insoweit Beachtung, als es sich wirklich ernsthaft mit der Frage der Verselbständigung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale beschäftigt; und dies ist verhältnismäßig selten der Fall. Im allgemeinen kann vielmehr davon ausgegangen werden, daß die nicht zahlreichen Lehrbücher zum Besonderen Teil[74]) der Tendenz unserer Untersuchung *grundsätzlich ablehnend* gegenüberstehen. Denn sie gehen überwiegend davon aus, daß das Strafrecht ein akzessorisches Schutzrecht ist, und daß die aus anderen Rechtsgebieten entlehnten Begriffe im Sinne ihres Heimatrechts ausgelegt werden müssen. Sofern sie sich nicht durch das starre Festhalten an dem positivistischen Grundsatz der Einheit der Rechtsbegriffe in allen Gebieten nicht nur die richtige Entscheidung unserer Frage unmöglich machen, sondern sogar die Erkenntnis dieser Problemstellung schlechthin verbauen, ist es meist lediglich eine Zeitfrage, wann sie sich entschließen, die zunächst abgelehnten Ergebnisse der Rechtsprechung anzuerkennen[75]). Selbst dann aber läßt die Art und Weise der Übernahme noch oft erkennen, daß sie sich mehr der Autorität der gefestigten Rechtsprechung gebeugt als von der Richtigkeit der Begründung überzeugt haben. Denn sonst wäre es nicht möglich, daß sie oft nach wie vor zunächst von der grundsätzlichen Bindung des Strafrechts an zivilrechtliche Begriffe ausgehen, um die damit nicht vereinbaren Entscheidungen des RG. mit dem willkürlich wirkenden Bindewort „jedoch" als Ausnahmen anzuschließen[76]). Häufig aber wird an der Abhängigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung vom zivilrechtlichen Denken in betontem Gegensatz zur Rechtsprechung festgehalten. So hebt Gerland, den wir nur als Beispiel erwähnen, mit Nachdruck hervor, daß für die Begriffe Verwandtschaft, Schwägerschaft, Verlöbnis, Vermögen, Bevollmächtigter, Verfügung u. a. die Vorschriften des Zivilrechts maßgebend seien[77]). Ähnlich hält Frank, den wir häufig als Gegner der Verselbständigung strafrechtlicher Begriffe anführen müssen[78]), daran fest, daß der blinde Passagier im wesentlichen deshalb keinen Betrug zum Nachteil der Bahn begehe, weil diese durch das Mitfahren ohne Fahrkarte nicht in ihrem Vermögen geschädigt, sondern umgekehrt wegen des entstandenen Anspruchs auf Nachzahlung bereichert sei (!) — ein bezeichnendes

70) deren Wiedergabe durchweg wörtlich erfolgen muß.

71) Auch das neuere strafrechtliche Schrifttum hätte z. T. durch die Beachtung ähnlicher Erwägungen zweifellos nur gewinnen können; vgl. die Besprechung Thierfelders durch Matzke JW 1935, 498; Mittermaier MonKrimPsych 1934, 178 und Englischs durch Wolf ZStrW 56, 283.

72) was Wolf (RG Festgabe Bd. V S. 56) hinsichtlich des Begriffs der „Sache" betont hat.

73) Obwohl die Rechtsprechung nach Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG vom 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 844) an die früheren Entscheidungen nicht mehr schlechthin gebunden ist. Von dieser Freiheit wird das RG vielmehr gerade dort Gebrauch machen müssen, wo es sich bisher noch zu sehr an das zivilrechtliche Denken angelehnt hat. Denn der nach dem Änderungsgesetz zu berücksichtigende „Wandel der Lebens- und Weltanschauung" (vgl. hierüber neuerdings Löning und Günther ZAkDR 1937, 139 und 300 ff.; dazu Gerland ZStrW. 57, 588) liegt zweifellos auch in der rechtspolitisch bedingten Erkenntnis, daß es unzulässig ist, zivilrechtliche Gedankengänge unbesehen auf das Strafrecht zu übertragen. Daß im übrigen die Fortentwicklung der Rechtsprechung auch in Zukunft nicht einen Bruch mit der bisherigen Judikatur bedeuten wird, hat bereits Stoll (DJZ 1936, 977) anläßlich seiner Besprechung des 149. Bandes der Entscheidungen in Zivilsachen zutreffend hervorgehoben.

74) die durchweg vor 1933 erschienen sind.

75) Dies gilt erst recht für die meisten Kommentare, wie dies insbes. ihre Stellungnahme zur „Untreue"-Rechtsprechung des RG eindeutig beweist.

76) Es scheint uns ein unlösbarer Widerspruch zu sein, wenn man die Ansicht aufrechtzuerhalten sucht, der strafrechtliche Begriff des Verlöbnisses stimme „grundsätzlich" oder sogar vollständig mit dem des Zivilrechts überein. Vgl. auch Siebert aaO. S. 207 ff. Dasselbe gilt für zahlreiche andere Begriffe, vgl. unten S. 167 ff.

77) aaO. S. 152, 355, 411, 560, 637, 651 u. a., während es sich nach der Rechtsprechung ganz zweifellos um selbständige, spezifisch strafrechtliche Begriffsbildungen handelt.

78) noch in der 18. Auflage seines Kommentars zu § 63 V 5.

Beispiel für eine an zivilrechtlichen Gedankengängen ausgerichtete Methode! Diese rein „rechtliche" Begriffsbestimmung des Vermögens i. S. des Strafrechts, die neuerdings noch von Finger[79]) aufrechterhalten wird, geht bekanntlich auf Binding[80]) zurück, der im übrigen aber die „realistischere Natur des Strafrechts"[81]) betont und, wenn auch nicht einheitlich, so doch häufig durch eine teleologische Auslegung des Strafgesetzes zu Ergebnissen gelangt, die auf Verständnis für die Notwendigkeit der Unabhängigkeit strafrechtlicher Begriffe schließen lassen[82]). Im übrigen aber müssen die Bestrebungen, die strafrechtlichen Begriffe von den zivilrechtlichen Denkfesseln zu befreien, weitgehend mit der Gegnerschaft der älteren Kriminalisten rechnen[83]), und selbst die von Schaffstein betonte „allgemeine Anerkennung" der Selbständigkeit des strafrechtlichen Denkens in der jungen Generation ist auf wenige, recht allgemein gehaltene Redewendungen in einigen Abhandlungen und Aufsätzen beschränkt.

8. Durch diese Umschreibung der gestellten Aufgabe ist gleichzeitig die Verschiedenartigkeit der angewandten Methode hinreichend gerechtfertigt. Da begriffliche Anhaltspunkte, die für die Verselbständigung der strafrechtlichen Begriffe herangezogen werden könnten, so gut wie ganz fehlen, wird sich die interpretative Methode vorwiegend auf die Auslegung des Einführungsgesetzes zum BGB beschränken, in dem der Gesetzgeber selbst in gewisser Weise zu unserem Problem Stellung genommen hat. Jedoch ist mit der Feststellung, der Gesetzgeber sei in bestimmten Einzelfällen zweifellos von einer Bindung der strafrechtlichen Begriffe ans Zivilrecht ausgegangen, die unserer Arbeit zugrundeliegende Fragestellung keineswegs endgültig i. S. einer Abhängigkeit des Strafrechts entschieden. Zudem wird sich eine derartige Auffassung nur selten nachweisen lassen; vielmehr kann allgemein gesagt werden, daß sowohl der Strafgesetzgeber als auch die Verfasser des EGBGB der Entwicklung einer strafrechtlichen Eigenbegriffsbildung und der Unabhängigkeit des Strafrechts mehr Raum gelassen haben als die späteren Kommentatoren des StGB, die in weit größerem Maße von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe ausgehen und durchweg die Bindung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale an zivilrechtliche Begriffe unter Hinweis auf das Postulat der Einheit der Rechtsordnung aufrechtzuerhalten suchen. Kennzeichnend für letztere ist die deduktive Methode, die das Wesen des Strafrechts, seine Rechtsgüterschutzfunktion und seine angeblich akzessorische Natur in den Mittelpunkt der Betrachtungen rückt und hieraus zwingende Folgerungen für die Entscheidung unserer Frage herleiten zu können glaubt. Es ist selbstverständlich, daß wir auch diese Methode — allerdings mit wesentlich geänderter Zielrichtung — berücksichtigen müssen. Aber mit der Aufstellung allgemein gehaltener Grundsätze und übergeordneter Prinzipien, die erfahrungsgemäß viel leichter anerkannt werden, können wir uns nicht begnügen. Die Meinungen teilen sich bekanntlich erst dann, wenn es sich darum handelt, den konkreten Einzelfall zu entscheiden. Für ausschlaggebend halten wir deshalb die induktive Methode und sehen unsere Hauptaufgabe darin, die gesamte Rechtsprechung des RG unter der unserer Arbeit zugrundeliegenden Fragestellung durchzuprüfen, um aus der Vielzahl der Entscheidungen Richtlinien herzuleiten, die — nicht aus einer spekulativen Idee entwickelt, sondern — aus den Bedürfnissen und Erfahrungen der Praxis geboren sind und deshalb den notwendigen Zusammenhang mit der Wirklichkeit gewährleisten[84]).

Dabei täuschen wir uns allerdings nicht darüber,, daß sich die abschließende Beurteilung der Frage nach der Abhängigkeit oder Emanzipation der strafrechtlichen Begriffe vom Zivilrecht nicht auf eine einheitliche allgemeingültige Formel bringen läßt. Das ergibt sich auch schon aus der Erwägung, daß die einzelnen zu erörternden Begriffe ihrer Natur, ihrer Stellung im Gesetze nach[85]), insbesondere hinsichtlich des Grades der Abstraktheit zu sehr verschieden sind, um einheitlich beurteilt werden zu können. Der Grundsatz der Befreiung des Strafrechts aus zivilrechtlichen Denkfesseln darf also nicht zum Schlagwort werden und in entgegengesetzter Richtung i. S. einer völligen Trennung beider Gebiete weit übers Ziel hinausschießen. Er hat in der gegenwärtigen Lage der Straf- und Zivilrechtsentwicklung zweifellos eine große Bedeutung und seine besondere Berechtigung. Aber darüber darf nicht vergessen werden, daß es sich im Grunde weniger darum handelt, sich für die eine oder andere Alternative zu entscheiden, sondern daß es letzten Endes darum geht, das normativistische Denken in strafrechtsfremden Allgemeinbegriffen, insbesondere in Anlehnung an das zivilistische Vertragsrecht, zunächst einmal im Strafrecht zu überwinden und die strafrechtlichen Begriffe so auszulegen und zu gestalten, daß sie den Sachverhalt, den spezifisch strafrecht-

79) GS 103, 337 unter Bezugnahme auf Binding I S. 355.

80) Lehrbuch I S. 237 ff.

81) nämlich „der Natur des Verbrechens als störender Einwirkung auf den Bestand der tatsächlichen Verhältnisse allein angemessen"; vgl. diesen Hinweis bei den Begriffen „Mensch" (S. 38), „Besitz" (S. 243) und „bewegliche Sache" (S. 276).

82) und die um so bemerkenswerter sind, als die Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts gerade von Binding mit Nachdruck vertreten worden ist.

83) Bezeichnend ist z. B. auch die Aufrechterhaltung der besonderen Gruppe der sog. rechtlich-normativen Tatbestandselemente. Vgl. unten S. 319.

84) Gewiß ist die Begründung eines Urteils des RG nicht mit dem Lehrsatz eines Professors zu verwechseln (so H. Mayer GS 104, 133); trotzdem glauben wir aber, durch eine möglichst vollständige Auswertung der Rechtsprechung, die bisher fehlt, über die Fallentscheidung hinaus zu grundsätzlichen, methodisch richtigen Erkenntnissen vorzudringen.

85) also je nach ihrer Verwendung zur Beschreibung des Täters, des Objekts, der Begehungsweise und der Modalitäten der Handlung.

lich erheblichen Wirklichkeitsausschnitt sinnvoll erfassen und so dem besonderen Sinn und Zweck des Strafrechts dienen. Ist dies Ziel erreicht, dann wird die Frage des Verhältnisses des Zivilrechts zum Strafrecht vom Standpunkt der strafrechtlichen Dogmatik aus nur noch eine untergeordnete Bedeutung beanspruchen dürfen; denn selbst bei einer etwaigen Übereinstimmung der verselbständigten Begriffe des Strafrechts mit den später ebenfalls neugestalteten Begriffen des Zivilrechts wird dann von einer Bindung oder gar Fesselung des Strafrechts keine Rede mehr sein können.

Erster Hauptteil.

Die Stellungnahme der Rechtslehre.

A. Die Bedeutung des Einführungsgesetzes zum BGB für das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht.

Die Behandlung des Themas hat naturgemäß mit der Prüfung zu beginnen, ob aus dem Gesetz selbst oder aus einer sonstigen unzweideutigen Stellungnahme des Gesetzgebers eine klare Beantwortung unserer Frage oder wenigstens gewisse Anhaltspunkte für ihre Entscheidung zu entnehmen sind. Da es sich vorerst nur darum handelt, die grundsätzliche Problemstellung richtig und möglichst klar zu umschreiben, brauchen wir hier noch nicht auf die einzelnen Strafbestimmungen des StGB selbst zurückzugreifen[1]), sondern können uns im wesentlichen auf die Betrachtung des EGBGB und seiner Motive beschränken, zumal dort das grundsätzliche Verhältnis des Zivil- und Strafrechts in verallgemeinerter Form etwas ausführlicher erörtert worden ist. Den besonderen Anlaß hierzu gab das Inkrafttreten des BGB, das die früheren verschiedenen Landesprivatrechte durch ein einheitliches Reichszivilrecht ersetzte. Denn hier sah sich der Gesetzgeber unmittelbar vor die Frage gestellt, ob und inwieweit dieser Wechsel des Zivilrechts sich auf das bereits seit drei Jahrzehnten bestehende StGB, das ja in seinen Tatbeständen angeblich zivilrechtliche Begriffe verwendet, auswirken müßte. Von einer derartigen Rückwirkung auf das Strafrecht aber konnte nur dann die Rede sein, wenn in irgend einer Form eine Abhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale vom Zivilrecht bisher bereits bestand oder sich infolge der Einführung des einheitlichen Reichszivilrechts als notwendig herausstellen würde und gesetzlich anerkannt werden sollte. So ist es zu erklären, daß die erste Periode der Untersuchungen über das Verhältnis des Reichszivilrechts[2]) zum Strafrecht in die Zeit kurz vor oder nach der

1) Die Untersuchung der einzelnen Begriffe im Besonderen erfolgt später an Hand der Rechtsprechung; vgl. unten S. 167 ff.

2) Die Diskussion über die Abhängigkeit des Strafrechts vom bürgerlichen Recht überhaupt war bereits vorher „durch die an Gründlichkeit nicht wieder erreich-

Jahrhundertwende fällt, und daß hierbei das EGBGB in den Mittelpunkt der Erörterungen gerückt wurde. Richtungweisend war die verdienstvolle Arbeit von Lobe[3]), der erstmalig auf die Problematik des Verhältnisses der in beiden Rechtsgebieten verwendeten gleichlautenden Begriffe hinwies und an Hand von Beispielen sowie unter Berücksichtigung der einzelnen Bestimmungen des E.G. „eine grundsätzliche Verständigung über diese Frage anzubahnen" versuchte[4]). Wir werden ihm auf diesem Wege zunächst folgen[5]), müssen aber schon hier betonen, daß aus der Regelung des EGBGB keine abschließenden Erkenntnisse hergeleitet werden können, sondern daß das Ergebnis im wesentlichen in der Herausarbeitung einer genaueren und konkreteren Fragestellung bestehen wird. Die Berücksichtigung der Motive ist hier, wo es sich gerade darum handelt, zunächst einmal die Ansicht des Gesetzgebers kennenzulernen, nicht nur unbedenklich, sondern geradezu notwendig; und wenn auch die hierbei gewonnenen Gesichtspunkte für die Entscheidung unserer Frage nicht schlechthin zwingend sein können, so verdienen sie dennoch besondere Beachtung. weil sie die Untersuchung auf den richtigen Weg leiten und die Bestrebungen, die strafrechtliche Begriffsbildung möglichst selbständig und unabhängig zu gestalten, in einem unerwartet großen Ausmaß begünstigen.

1. Untersucht man die einzelnen in Betracht kommenden Bestimmungen des EGBGB, so ergibt sich zunächst aus Art. 32, wonach die Reichsgesetze, also auch das StGB, — vorbehaltlich besonderer hier nicht in Betracht kommender Ausnahmen — grundsätzlich in Kraft bleiben, daß das StGB durch das Inkrafttreten des BGB als solchen nicht verändert worden ist[6]). Wohl aber hat das EG selbst eingegriffen und durch Art. 34 verschiedenen Strafbestimmungen zwecks Angleichung an die Regelung und Terminologie des BGB eine neue Fassung gegeben, sodaß wir zunächst jedenfalls insoweit eine gewollte Übereinstimmung mit bürgerlich-rechtlichen Begriffen feststellen müssen[7]). Hierbei handelte es sich je-

ten Untersuchungen von Adolf Merkel (und Karl Binding) eröffnet worden": so Kohlrausch, Schlegelberger-Festgabe S. 212.

3) Über den Einfluß des BGB auf das Strafrecht, 1898.

4) Nachdem vorher schon von Liszt (1889) die Grenzgebiete zwischen Zivil- und Strafrecht allerdings unter anderen Gesichtspunkten untersucht und die Notwendigkeit einer harmonischen Abstimmung beider Rechtsgebiete durch den Gesetzgeber betont hatte.

5) Wobei wir selbstredend nur das Wichtigste hervorheben können und im übrigen auf die Erläuterungen zum EGBGB, insbesondere von Staudinger-Keidel verweisen.

6) Daß der Satz lex posterior derogat priori für das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht nicht zur Anwendung gelangen kann, ist so selbstverständlich, daß es nicht durch den nicht ganz unbedenklichen Hinweis auf Art. 32 (so Lobe aaO. S. 11) bekräftigt zu werden braucht.

7) Sie haben für unsere Arbeit keine besondere Bedeutung, so daß wir uns mit einer Verweisung auf die Erläuterungen zu Art. 34 EG beschränken können

doch, wie oft betont worden ist, nur um die dringendsten Angleichungen an die Regelung des BGB; im übrigen hat sich der Gesetzgeber „mit zu billigender Absichtlichkeit" (Lobe)[8]) die größte Zurückhaltung auferlegt. Das ist schon aus Art. 34 EG unmittelbar zu entnehmen, wird aber von den Motiven[9]) nochmals ausdrücklich hervorgehoben:

> *„Weitergehende Änderungen des StGB[10]) sind infolge der Einführung des BGB nicht als geboten erachtet. Die Prüfung, ob und inwieweit es angemessen sein wird, die eine oder die andere Vorschrift des Strafgesetzbuchs namentlich den familienrechtlichen Vorschriften anzupassen und die verschiedenen Zweifel zu beseitigen, die dadurch hervorgerufen worden sind, daß manche Vorschriften des StGB infolge des bei Erlassung desselben bestehenden Mangels eines einheitlichen Privatrechts, insbesondere eines einheitlichen Familienrechts, eine allgemeine und unbestimmte Fassung erhalten haben, bleibt besser einer späteren, zusammenhängenden Revision der Strafgesetze vorbehalten."*

Demgemäß stellt RG 41, 386 fest: „Das EGBGB hat . . . keineswegs im allgemeinen eine Übereinstimmung zwischen den Begriffen des StGB und denjenigen des BGB herbeiführen wollen. Es handelt sich vielmehr in Art. 34 EGBGB nur um einige Einzelbestimmungen, die für die Auslegung des StGB im allgemeinen nicht ohne weiteres maßgebend sein können.". Grundsätzlich ist also die Fassung des StGB unverändert geblieben, so daß wir unmittelbar auf die ursprüngliche Bedeutung der strafrechtlichen Begriffe zurückgreifen können, wie dies auch durch Art. 4 EG[11]) vorgeschrieben ist. Diese Bestimmung[12]) verdient in diesem Zusammenhang besondere Beachtung, weil sie einen Grundsatz zum Ausdruck bringt, der — in Anlehnung an die durchaus ähnliche, noch zu schildernde steuerrechtliche Entwicklung — als „Autonomie des Strafrechts" bezeichnet werden darf; d. h. das Maß des Einflusses des BGB ist danach zu bestimmen, wie weit das Strafrecht seinerseits das Zivilrecht erfassen und in sich aufnehmen will, nicht danach, wie das Zivil-

und nur folgende Einzelschriften hervorheben, die sich mit diesen Änderungen des StGB näher beschäftigen; vgl. Lobe aaO. S. 8 ff.; Winkler GS 58, 241; Mewes und Brettner GA 46, 81 und 161; 45, 81 ff. Erwähnenswert ist, daß nach einer beiläufigen Bemerkung in RG 41, 389 trotz dieser ausdrücklichen Angleichung der Begriff „Pfleger" (§§ 235, 237) gleichwohl „nicht völlig mit dem des BGB übereinstimmen" soll.

8) aaO. S. 7.

9) zum EG S. 127.

10) als die in Art. 34; vgl. Art. 33, der noch zu behandeln sein wird.

11) „Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen wird, welche durch das BGB oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des BGB oder dieses Gesetzes".

12) Daß Art. 4 EG auch für öffentlich-rechtliche Gesetze, wie das StGB, gilt, ist in Hinblick auf Art. 2 EG selbstverständlich und ergibt sich zudem eindeutig aus Art. 33 EG. Dies mag mit Rücksicht auf die einschränkenden Bemerkungen von Staudinger-Keidel zu Art. 4 IV und Neumann Note 3 hervorgehoben werden.

recht das Strafrecht ergreifen will[13]). So selbstverständlich dies auch sein mag, so wenig ist es überflüssig, diesen Gesichtspunkt bereits hier zu betonen, da er meist durch die bedenkliche Auffassung des Strafrechts als eines akzessorischen, subsidiären Schutzrechts in sein Gegenteil verwandelt zu werden pflegt. Wir aber müssen von Anfang an darauf achten, daß die richtige Beurteilung des begrifflichen Verhältnisses des Zivilrechts zum Strafrecht nicht durch falsche Grundvorstellungen über das Wesen des Strafrechts — sei es auch nur auf dem Gebiet der Begriffsbildung — verdunkelt wird. Mit besonderer Deutlichkeit haben die Motive zum EGBGB[14]) auf diese Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Strafrechts hingewiesen:

> *„Die Strafgesetze — also auch das StGB — sind zunächst aus sich selbst auszulegen. Das BGB erlangt nur insoweit Bedeutung, als die Auslegung des einzelnen Gesetzes ergibt, daß dieses nicht einen Begriff mit selbständigem Inhalt einzuführen beabsichtigt hat, sondern Sinn und Bedeutung dem allgemeinen bürgerlichen Recht entnommen wissen will."*

Diese Unterscheidung zwischen Begriffen mit selbständigem Inhalt und solchen, die dem allgemeinen bürgerlichen Recht „entlehnt" sind, ist vor allem deshalb wichtig, weil sie die mißverständliche Fassung des Art. 4 EG, der schlechthin von einer Verweisung auf außer Kraft getretene Vorschriften spricht, klärt und ihren scheinbar weiten Umfang erheblich einschränkt[15]). Denn um eine Beeinflussung des StGB durch die Begriffe des BGB annehmen zu können, genügt keinesfalls jede Verweisung auf die Vorschriften früherer privatrechtlicher Landesgesetze, sondern nur eine solche Verweisung, die herkömmlicherweise als echte der sog. unechten Verweisung gegenübergestellt wird[16]). Eine solche echte Verweisung i. S. des Art. 4 EG liegt aber nur dann vor, wenn das verweisende Gesetz, hier also das StGB, zu seiner Ergänzung zwar das Vorhandensein von Normen für gewisse Rechtsverhältnisse, nicht aber einen bestimmten Inhalt dieser Normen voraussetzt, wenn das Gesetz durch andere Normen nicht nur in ihrer derzeitigen, ursprünglichen, sondern in ihrer jeweiligen Gestalt ergänzt sein will[17]). Soll die Ergän-

13) so zutreffend Lobe aaO. S. 11.

14) S. 69, vgl. dazu ausführlich RG 34, 420.

15) In Betracht kommt naturgemäß lediglich die sog. stillschweigende Verweisung; vgl. hierüber die Erläuterungen zu Art. 4 EG, insbes. Staudinger-Keidel IIb sowie die Schriften von Lobe, Müller und Schubert. Näheres über Arten, Motive und Folgen der Verweisungen bei Engisch (Einheit S. 26 Note 3) unter Bezugnahme auf Bierling, Juristische Prinzipienlehre I S. 100.

16) Über diese Unterscheidung vgl. die Erläuterungen zu Art. 4 EG. Es ist interessant, daß dieselbe Frage im Steuerrecht auftaucht, vgl. die sog. Entsprechungs- und Entlehnungsbegriffe bei Merk (RG Festgabe IV S. 73 ff.) und hierzu RGZ 96, 46, ferner RGZ 98, 11; 92, 237 u. a. und unten S. 152.

17) „Wenn das allgemeine Recht als solches, nicht dagegen, wenn es als Besonderheit des verweisenden Gesetzes zur Anwendung kommen soll;" so die Motive IV S. 600 und vor allem Neumann Note 1 zu Art. 4 EG.

zung aber dauernd durch bestimmte Normen in ihrer derzeitigen Gestaltung erfolgen, so liegt eine inhaltliche Aufnahme dieser Vorschriften in das auf sie verweisende Gesetz vor, mit der Folge, daß sie auch bei Aufhebung des in Bezug genommenen Gesetzes als selbständige, unveränderliche Bestandteile des verweisenden Gesetzes in Kraft bleiben. In diesem Fall kann von einer Verweisung i. S. des Art. 4 EG nicht die Rede sein, so daß auch eine Beeinflussung der vom Strafgesetz verwendeten Tatbestandsmerkmale durch die Begriffsbildung des BGB insoweit ohne weiteres nicht in Betracht kommt.

2. Diese in der Strafrechtswissenschaft meist wenig beachtete Unterscheidung zwischen echter und unechter Verweisung ist für uns deshalb von besonderem Interesse, weil wir in der unechten Verweisung auf frühere landesrechtliche Vorschriften[18]) in ihrer damaligen Gestaltung den ersten und eigenartig gelagerten Fall kennen lernen, in dem das StGB einen „Begriff mit selbständigem Inhalt einzuführen beabsichtigt" und sich damit selbständig, d. h. von späteren Änderungen dieser Gesetze, insbesondere von der Begriffsbildung des BGB, unabhängig gemacht haben könnte. Es erscheint notwendig, diese Folgerung nachdrücklichst zu betonen, da sie allenfalls als theoretische Möglichkeit erwähnt, bei der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale aber meist nicht beachtet wird. Deshalb bedürfen — selbst von dem bisherigen Standpunkt der grundsätzlichen Beurteilung aus gesehen — die Ausführungen von Lobe[19]) unter diesem Gesichtspunkt einer gewissen, teilweise berichtigenden Ergänzung: Der Hinweis, daß das BGB als Reichsrecht begrifflich keinen weiteren Einfluß auf das StGB haben könne, als das frühere Landesprivatrecht, ist zweifellos richtig; aber er bedarf unbedingt des fehlenden Zusatzes, daß die Auswirkung des BGB sehr wohl geringer sein kann und auch ist, wenn er nicht in entgegengesetztem Sinn mißverstanden werden soll. Diese Gefahr aber liegt deshalb nahe, weil Lobe alsbald danach die Frage, welchen Einfluß das BGB auf das StGB hat, als gleichbedeutend mit der Frage bezeichnet, welchen Einfluß überhaupt das bürgerliche Recht auf das Strafrecht ausübt, und weil er gleichzeitig betont, die Ersetzung der partikularen Landesprivatrechte durch das einheitliche Reichsprivatrecht bewirke lediglich „daß, soweit bisher das StGB seinen Inhalt durch das Landesprivatrecht empfing, dieser nun durch das Reichsprivatrecht gegeben" werde[20]). Diese Ausführungen sind zum mindesten mißverständlich; denn sie heben nicht oder jedenfalls nicht genügend hervor, daß überall dort, wo die partikularrechtlichen Vorschriften

18) Hier könnte es sich naturgemäß nur um solche eines bestimmten Rechtsgebiets handeln.

19) aaO. S. 11 ff.

20) Diese Ausführungen fehlen in der späteren Arbeit Lobes (1930), in welcher der Gesichtspunkt der unechten Verweisung des StGB leider nur kurz gestreift wird.

durch eine unechte Verweisung zu inhaltlichen Bestandteilen des Strafgesetzes geworden sind, von einem Einfluß des BGB keine Rede sein kann, vielmehr mit dieser Unabhängigkeit des Strafrechts die Möglichkeit einer vom BGB abweichenden Auslegung dieser angeblich früher entlehnten Begriffe ohne weiteres gegeben ist.

Die entscheidende Frage bei der Anwendung des Art. 4 EG ist also die Abgrenzung der echten von der unechten Verweisung, da nur im ersteren Fall eine Bindung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale an die Begriffe des BGB angenommen werden kann. Ihrer Durchführung stellen sich jedoch auf strafrechtlichem Gebiet weit geringere Schwierigkeiten entgegen, als es bei anfänglicher Betrachtung der Fall zu sein scheint[21]) und auch sonst ist. Zunächst gewinnt in diesem Zusammenhang die bereits erwähnte Bemerkung der Motive erhöhte Bedeutung, daß „manche Vorschriften des StGB infolge des bei Erlassung desselben bestehenden Mangels eines einheitlichen Privatrechts . . . eine allgemeine und unbestimmte Fassung erhalten haben". Sodann ist dieser Gesichtspunkt der ursprünglichen Rechtszersplitterung auf privatrechtlichem Gebiet von der Rechtsprechung ganz allgemein mit Nachdruck zugunsten der Emanzipation strafrechtlicher Begriffe verwertet worden, und zwar auch dort, wo für die Unabhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale „eine allgemeine und unbestimmte Fassung" nicht ohne weiteres ins Feld geführt werden konnte. Am deutlichsten läßt sich diese Entwicklung nachweisen hinsichtlich des „strafrechtlichen" (!) Begriffs des Vormunds i. S. des § 174 Nr. 1 StGB:

> *„Für die Auslegung (dieses Begriffs) sind die Bestimmungen des BGB nicht maßgebend; entscheidend hierfür ist vielmehr, welchen Begriff das StGB seither und schon vor der Einführung des BGB mit dem Worte Vormund verbunden hat. Dies führt keineswegs dahin, diesen Begriff demjenigen völlig gleichzustellen, der in den einzelstaatlichen Gesetzgebungen mit dem Wort „Vormund" verbunden worden ist. Denn die Bezeichnung der auf dem Gebiete des Vormundschaftswesens entstandenen verschiedenen Rechtsgebilde war in den einzelstaatlichen Zivilgesetzgebungen, denen das StGB gegenüberstand, mannigfach verschieden, und es würde, was ohne weiteres ausgeschlossen ist, zu keiner einheitlichen, sondern zu einer völlig ungleichmäßigen Handhabung der Strafbestimmung . . . geführt haben, wenn für die Auslegung des Wortes „Vormund" jeder in den betreffenden einzelstaatlichen Rechtsgebieten mit jenem Wort verbundene Begriff als maßgebend zu erachten gewesen wäre. In dieser Beziehung sollte durch das StBG bei seinem Erscheinen ein einheitlicher Begriff geschaffen werden. Was unter dem Begriff i.S. der Strafbestimmung zu verstehen ist, ist nicht schlechthin nach der von den*

21) Im allgemeinen wird betont, es handele sich um eine recht schwierige Auslegungsfrage, für deren Entscheidung der Wille des Gesetzgebers zur Zeit des Erlasses des verweisenden Gesetzes maßgebend sei. Vgl. hierzu auch Protokolle VI S. 600.

partikularen Landesgesetzgebungen diesem Wort beigelegten Bedeutung, sondern aus dem StGB zu beurteilen.“[22])

Daß es sich hierbei keineswegs um einen vereinzelten Ausnahmefall handelt, sondern um eine allgemein zu beachtende Erkenntnis, die grundsätzlich für alle Begriffe, gleich aus welchen Lebensgebieten sie stammen, Geltung beanspruchen darf, ergibt sich eindeutig aus der späteren Darstellung der Rechtsprechung des RG[23]), aus der wir hier nur einige Entscheidungen als Beispiele herausgreifen:

RG 59,248: „Wäre die Anwendung des § 265 StGB von der sachlichen Gültigkeit des Versicherungsvertrags und demgemäß von dem jeweiligen Inhalt des bürgerlichen Rechts abhängig, so wäre die Möglichkeit einer praktisch verschiedenen Anwendung . . . . in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten eröffnet worden. Das kann nicht die Absicht beim Erlaß des § 265 gewesen sein.“

RG 49,114[24]) *„Die Terminologie und Begriffsbestimmungen, welche in den Gesetzen eines einzelnen Bundesstaates vorkommen, können als Normen für die Auslegung der Vorschriften des StGB nicht in Betracht kommen, wenn nicht die Satzungen dieses Gesetzbuchs, der dabei erstrebten Einheit zuwider, der verschiedensten Auslegung unterworfen sein sollten; vielmehr sind die Vorschriften des RStGB wesentlich aus diesem selbst zu erklären.“*

RG 28,233: „Diese verschiedenartigen . . . . Gestaltungen des Pflegkindschaftsverhältnisses (in einzelnen Rechtsgebieten Deutschlands) können aber die einzelnen Vorschriften des StGB . . . . nicht im Auge haben . . . Hier . . . mußte das StGB von einem einheitlichen Begriff ausgehen, der . . . auf Allgemeingültigkeit im Herrschaftsgebiet des StGB Anspruch machen kann.“[25])

Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß diese Beweisführung, nachdem sie überhaupt einmal als stichhaltig anerkannt worden ist, weitgehend verallgemeinert werden darf, ohne ihre Überzeugungskraft zu verlieren. Als vorläufiges Ergebnis kann deshalb jedenfalls festgestellt werden, daß eine Verweisung auf das frühere verschiedene Landesprivatrecht, insbesondere eine echte Verweisung i. S. des Art. 4 EG auf das jeweilige Privatrecht und damit auch auf das BGB wegen der besonderen historischen Rechtslage in Deutschland keineswegs ohne weiteres unterstellt werden darf. Vielmehr gilt in erster Linie der Grundsatz: „Die Begriffe des Strafrechts sind zunächst selbständig auszulegen und vorwiegend dem StGB selbst zu entnehmen.“ Diese Unabhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von den gleichlautenden Begriffen

22) vgl. ausführlich RG 57, 326 mit RG 41, 386 und 15, 74.

23) vgl. unten S. 167 fg.

24) zum Begriff der „Sache“ i. S. des § 242 StGB unter Übernahme einer Entscheidung des Pr. Obertribunals (Stenglein n. F. Bd. 4, 164).

25) vgl. auch RG 2, 240 hinsichtlich des Begriffs „Verwandtschaft“.

des Privatrechts ist auch durch die Einführung des BGB nicht beseitigt worden[26]).

3. Eine in diesem Sinn selbständige, spezifisch strafrechtliche Begriffsbildung liegt demnach nicht nur bei den sog. strafrechtlichen „Eigenbegriffen“ vor, die, wie der Begriff des Gewahrsams, schon durch eine besondere Bezeichnung ihre Unabhängigkeit von den Begriffen anderer Rechtsgebiete betonen, sondern sie kann sehr wohl auch dann angenommen werden, wenn das Strafgesetz sich einer Bezeichnung bedient, die in anderen Rechtsgebieten für die Inhaltsumschreibung bestimmter juristisch-technischer Begriffe verwendet wird. Nichts wäre verfehlter — zumal im Hinblick auf die geschilderte historische Entwicklung —, als aus der Gleichheit des Ausdrucks auf die Identität der Begriffe in mehreren Rechtsgebieten schließen zu wollen. Diese grundsätzliche Erkenntnis, die in unserer Untersuchung immer wieder in den mannigfachsten Abwandlungen auftauchen wird, hat schon Lobe „gleichsam als Warnungstafel“[27]) aufgestellt, und auch wir werden auf sie noch häufig zurückkommen müssen. Denn sämtliche Gesichtspunkte, die in den folgenden Erörterungen eine Rolle spielen, lassen sich letzten Endes auf die Frage zurückführen, inwieweit praktische Folgerungen aus diesem Grundsatz hergeleitet werden dürfen und müssen, dessen theoretische Richtigkeit wohl von niemand bestritten wird. Verwendet also das Strafgesetz in diesem Sinne nur die aus anderen Rechtsgebieten entlehnten Ausdrücke zur Bezeichnung seiner selbständigen Begriffe, so ergibt sich daraus, daß in diesen Fällen nicht einmal eine sog. unechte Verweisung i. S. einer inhaltlichen Übernahme privatrechtlicher Bestimmungen eines bestimmten Rechtsgebiets vorliegt[28]), sondern daß die strafrechtlichen Begriffe insoweit in einem viel tieferen und berechtigteren Sinn „selbständig“ sind, weil sie nicht einmal ursprünglich, d. h. beim Erlaß des StGB den privatrechtlichen Gesetzen entlehnt, sondern nur mit einem entlehnten Ausdruck bezeichnet worden sind.

Für die Frage der Unabhängigkeit strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale von der Begriffsbildung des StGB ist diese Erkenntnis allerdings weniger wichtig, weil ein Einfluß des BGB in diesen beiden Fällen der sog. selbständigen Begriffsbildung des Strafrechts, insbesondere auch bei unechter Verweisung ausgeschaltet ist; aber gleich-

26) so ausdrücklich RG 34, 420 für den strafrechtlichen Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft.

27) aaO. S. 14; vgl. auch Lobe 1930, S. 38: „Der Umstand, daß das StGB sich einer Bezeichnung bedient, die auch das bürgerliche Recht für seine Regelung verwendet, beweist noch nicht, daß damit auch der privatrechtliche Begriff von ihm gemeint ist.“ Über dies „in grundsätzlicher Weise wenig behandelte Problem“ (so Grünhut RG Festgabe S. 129 Note 84) vgl. neuerdings Schwinge-Zimmerl S. 24 ff. sowie die späteren Ausführungen.

28) Sie war wegen der Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Privatrechts auch nicht zu erwarten.

wohl verdient sie aus grundsätzlichen Erwägungen besondere Beachtung. Denn hier taucht erstmalig die überaus wichtige Frage auf, ob das Strafgesetz den Sachverhalt überhaupt nur auf dem Umweg über eine ursprüngliche Begriffsanleihe erfassen, ihn also mit juristisch-technischen Begriffen anderer Rechtsgebiete umschreiben soll oder ob es sich bemühen muß, unmittelbar an die Dinge heranzukommen und den für seinen besonderen Sinn und Zweck erheblichen Wirklichkeitsausschnitt[29]) ohne „begriffliche Vorformung" durch gebietsfremde Normen[30]) unmittelbar unter spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkten einzufangen. Diese Frage, auf die wir später ausführlicher zurückkommen werden, gewinnt gerade für die Überwindung des zivilistischen Denkens im Strafrecht besondere Bedeutung. Gewiß werden auch in Zukunft Begriffe unentbehrlich sein, und wir denken nicht daran[31]), die Bedeutung der Begriffe als solcher zu schmälern. Wogegen wir uns aber wenden, ist die unbesehene Übertragung strafrechtsfremder Begriffe auf spezifisch strafrechtliche Sachverhalte und die hiermit verbundene begriffliche Vergewaltigung der Lebenstatsachen. In dieser Hinsicht ist mit der Anerkennung und Ausbildung selbständiger strafrechtlicher Begriffe, die auch nicht ursprünglich entlehnt, d. h. nicht einmal Gegenstand einer sog. unechten Verweisung sind, schon viel gewonnen. Diese spezifisch strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale sind der Wirklichkeit nachgebildet; sie schmiegen sich elastisch an sie an und ermöglichen so, das Wesen der Dinge gerade dort sinnvoll zu erfassen, wo dies mit den Hilfsmitteln der zivilrechtlich-technischen Begriffe und Denkformen nicht oder nur höchst unvollkommen möglich wäre[32]). Sie beweisen, daß der Strafgesetzgeber durchaus in der Lage ist, die Tatbestände ohne inhaltliche Übernahme strafrechtsfremder Begriffsbildungen und zivilistischer Gedankengänge zu umschreiben. Mag dies ursprünglich auch unter dem Zwang der besonderen historischen Verhältnisse erfolgt sein, die wegen der Verschiedenartigkeit der einzelnen Landesprivatrechte nur eine „allgemeine und unbestimmte Fassung" vieler Tatbestandsmerkmale zuließen oder eine abweichende Auslegung angeblich entlehnter Begriffe erforderten — die Vorteile dieser rechtsgeschichtlichen Entwicklung und ihre Bedeutung für unsere Fragestellung werden hierdurch in keiner Weise beeinträchtigt. Die ursprüngliche historische Zwangslage hat sich vielmehr für die Emanzipation des Strafrechts durchaus günstig ausgewirkt und sehr oft den Weg zu einer selbständigen unab-

29) das „ontologische Substrat" seiner Tatbestandsmerkmale.

30) die dann doch wieder durch eine teleologische „Umformung" i. S. des Strafgesetzes korrigiert werden muß.

31) wogegen sich z. B. auch die Interessenjurisprudenz immer wieder hat verwahren müssen.

32) Man denke z. B. an den strafrechtlichen Begriff des Bevollmächtigten; näheres über diese neuen Gesichtspunkte, die in erster Linie Welzel zu verdanken sind, vgl. unten S. 121.

hängigen strafrechtlichen Begriffsbildung offengehalten, der später dann von der teleologischen Auslegungsmethode erfolgreich beschritten wurde.

4. Kehren wir nun zu der Ausgangsfrage zurück, welchen Einfluß das Reichszivilrecht auf die strafrechtlichen Begriffe ausübt, so kann im Hinblick auf die dargelegte geschichtliche Entwicklung wohl kein Zweifel darüber sein, daß eine echte Verweisung des StGB i. S. des Art. 4 EG auf das jeweilige Privatrecht nur mit größter Vorsicht und nach sorgfältiger Prüfung der Absichten des Strafgesetzgebers wird angenommen werden dürfen. Im allgemeinen muß vielmehr aus der zeitlichen Priorität des RStGB gegenüber dem BGB und aus der Zersplitterung der Landesprivatrechte die Vermutung hergeleitet werden, daß das StGB weitgehend „einen Begriff mit selbständigem Inhalt einzuführen beabsichtigt" und sich insoweit von dem Privatrecht und dem BGB unabhängig gemacht hat. Diese Vermutung wird jedenfalls für zwei Begriffe durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung als richtig bestätigt: Artikel 33 EG schreibt vor, daß die Bestimmungen des BGB hinsichtlich der Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft für mehrere Gesetze, insbesondere solche prozeßrechtlichen Inhalts, Anwendung finden, und nimmt hierbei das StGB bewußt aus[33]). Für die Erkenntnis der Bedeutung des Art. 33 EG ist seine Entstehungsgeschichte[34]) besonders aufschlußreich: In den Beratungen zur 2. Lesung des BGB war ein Antrag, den (jetzigen) Art. 33 zu streichen, u. a. damit begründet worden, es bestehe die Gefahr, daß aus einer derartigen Bestimmung falsche Folgerungen, sei es im Wege der Analogie oder des Gegenschlusses, hergeleitet würden und damit die für die Auslegung i. S. des Art. 4 EG entscheidende richtige Fragestellung verdunkelt werde; es sei deshalb zweckmäßiger, auf jegliche authentische Interpretation der Begriffe zu verzichten. Hierauf wurde folgendes erwidert:

> *„In den Motiven sei ausdrücklich hervorgehoben, daß aus der Vorschrift des Art. 33 (10) weder nach der einen noch nach der anderen Seite Schlüsse auf die künftige Auslegung anderer Reichsgesetze gezogen werden dürften. Bei richtiger Handhabung des Gesetzes sei von dem Art. 33 (10) ein vorteilhafter Einfluß auf die sinngemäße Anwendung des Art. 4 zu erhoffen."*[35])

33) Die Motive (S. 69) bemerken hierzu, daß zu denjenigen Gesetzen, die — im echten Sinn des Art. 4 EG — auf das allgemeine bürgerliche Recht verweisen, das GVG, die ZPO, StPO, KO und das Anfechtungsgesetz gezählt werden dürften und daß jedenfalls hinsichtlich der beiden Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft die Maßgeblichkeit des BGB unbedenklich sei und im Interesse der Rechtssicherheit liege. Es sei auch nicht zu besorgen, daß aus dieser Vorschrift unzutreffende Folgerungen für die Auslegung anderer Reichsgesetze gezogen werden könnten.

34) vgl. Protokolle der 2. Lesung des BGB VI, 564.

35) „Da der Begriff der Verwandtschaft und der Schwägerschaft kein absolut feststehender sei, wie z. B. der Umstand beweise, daß die Rechtsprechung in der Auslegung des § 173 StGB darunter auch das Verhältnis des unehelichen Kindes zu

Auch hier ist es also letzten Endes einem Zufall zu verdanken, daß wir in Art. 33 EG eine gesetzliche Bestimmung haben, in der eine selbständige strafrechtliche Begriffsbildung trotz zivilrechtlicher Bezeichnung anerkannt ist. Denn es besteht kein Zweifel, daß unter den dort aufgezählten Gesetzen das StGB mit Absicht weggelassen und damit so gut wie ausdrücklich entschieden ist, daß für den „strafrechtlichen (!) Begriff" der Verwandtschaft und Schwägerschaft die Bestimmungen des BGB nicht maßgebend sein sollen. Dieser Gegenschluß ist nicht nur unbedenklich, sondern geradezu unabweisbar; er wird auch von der herrschenden Meinung im Schrifttum[36]) und vor allem von der Rechtsprechung[37]) allge-

dem Vater und dessen Verwandten begreife, so erweise man den zur Anwendung der Prozeßgesetze berufenen Personen und zugleich der Rechtssicherheit einen Dienst, wenn man die sachlich nicht angefochtene Entscheidung einer zweifelhaften Frage im Gesetz belasse.

Die Abstimmung ergab bei 7 gegen 7 Stimmen durch Stichentscheid des Vorsitzenden die Beibehaltung des Entwurfs."

36) vgl. die Erläuterungen zu Art. 33 EG, insbesondere Staudinger-Keidel II 1c, Lobe 1898 S. 33, 1930 S. 40, ferner Brettner GA 45, 81 ff.: „Indessen ein klarer Ausspruch, zumal so leicht erreichbar, wäre jeder bloßen, selbst noch so begründeten Auslegung vorzuziehen gewesen." Unrichtig zweifellos Müller S. 543, der die Bestimmungen des BGB auch für die strafrechtlichen Begriffe Verwandtschaft, Schwägerschaft, Eltern, Geschwister, Ehemann als maßgebend bezeichnet, dabei aber die Bedeutung des Gegenschlusses aus Art. 33 EG für das StGB überhaupt nicht beachtet; unrichtig auch Dahlem aaO. S. 11.

37) die hier, weil es sich um einen entscheidenden Punkt unserer Beweisführung handelt, ausführlich wiedergegeben werden mag:
RG 34, 420: Zu den Gesetzen der letzteren Art ist das StGB nicht gerechnet, obschon bei der Beratung des Art. 33 der Umstand, daß die Rechtsprechung in der Auslegung des § 173 darunter auch das Verhältnis des unehelichen Kindes zu dem Vater begreift, als Beleg für die Zweckmäßigkeit einer prozeßrechtlichen Festlegung der Begriffe . . . zur Sprache gebracht war.
RG 41, 114: Nach Art. 33 EGBGB haben die Vorschriften des letzteren über Verwandtschaft und Schwägerschaft Anwendung zu finden, soweit an diese in der StPO rechtliche Folgerungen geknüpft sind, und wenn das gleiche nicht auch hinsichtlich des StGB angeordnet ist, so hat der Gesetzgeber damit anerkannt, daß die Beurteilung dieser Verhältnisse für die Gebiete des Strafrechts und des Strafprozesses eine verschiedene sein kann.
RG 48, 198: Nach der ständigen Rechtsprechung des RG ist davon auszugehen, daß für das Gebiet des Strafrechts der Begriff der Verwandtschaft nicht nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zu bestimmen ist. So Art. 33 EGBGB, wo das StGB nicht unter denjenigen Gesetzen aufgeführt ist, auf die die bezüglichen Vorschriften des BGB Anwendung finden.
RG 60, 247: In der Tat sieht Art. 33 EGBGB gerade dem Strafrecht gegenüber davon ab, es an die Vorschriften des BGB über Verwandtschaft und Schwägerschaft zu binden, während für das Strafverfahren insoweit das BGB Anwendung zu finden hat. . . . Nach Art. 33 EG hängt die Richtigkeit dieser Auslegung des Strafgesetzes nicht davon ab, ob sie sich begrifflich und in ihren Folgerungen überall mit dem deckt, was dem BGB . . . zu entnehmen ist (vgl. auch RG 62, 118).
Alle diese Entscheidungen sind neuerdings von RG DJ 1936, 1339 als richtig bestätigt worden.

mein anerkannt, obwohl im übrigen grundsätzlich daran festzuhalten ist, daß Art. 33 EG weder im Wege der Analogie noch per argumentum e contrario auf die übrigen früheren Reichsgesetze ohne weiteres erstreckt werden darf[38]).

5. Die Vorschrift des Art. 33 EG gewinnt für unsere Untersuchung unter verschiedenen Gesichtspunkten erhöhte Bedeutung: Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß sie lediglich eine authentische Interpretation der gemäß Art. 4 EG zu entscheidenden Auslegungsfrage hinsichtlich zweier bestimmter Begriffe enthält, im Ergebnis also nur das ausspricht, was bei richtiger Auslegung des Strafgesetzes sich ohnehin hätte ergeben müssen. Die Anerkennung der Selbständigkeit dieser beiden strafrechtlichen Begriffe ist also weniger auf das Eingreifen des Gesetzgebers zurückzuführen, sondern sie folgt ohne weiteres aus der geschilderten historischen Entwicklung, an der durch das EG und das BGB nichts geändert werden sollte und auch nichts geändert worden ist. Sie bestand schon vor 1900 und hätte sich offensichtlich auch ohne diese besondere gesetzliche Bestimmung durchgesetzt. Obwohl also dem Art. 33 EG in gewissem Sinn nur eine deklaratorische Bedeutung zukommt, ist eine derartige Sondervorschrift keineswegs überflüssig[39]) oder bedeutungslos. Denn hier ist erstmalig — wenn auch nur an Hand eines bestimmten Beispiels — das StGB bewußt denjenigen Gesetzen gegenübergestellt worden, deren Begriffe vom BGB abhängig sein sollen; und in dieser Stellungnahme des Gesetzgebers zugunsten der Unabhängigkeit und Selbständigkeit strafrechtlicher Begriffe liegt ein Hinweis von geradezu richtungweisender Bedeutung für die Handhabung des Art. 4 EG. Zwar schneidet Art. 33 EG nur die Zweifelsfrage ab, ob für die dort genannten Gesetze und Begriffe eine Verweisung i. S. des Art. 4 EG vorliegt oder die Einführung eines selbständigen Begriffs beabsichtigt gewesen ist; und es soll nicht bestritten werden, daß es bedenklich wäre, aus Art. 33 EG ohne weiteres Folgerungen für die Auslegung anderer Begriffe und anderer Gesetze zu ziehen. Das so oft betonte Verbot des Analogie- oder Gegenschlusses hindert aber — nachdem der Gegenschluß hinsichtlich der beiden Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft für das Gebiet des StGB überwiegend als zulässig anerkannt ist — nicht, im Wege der Auslegung gemäß Art. 4 EG auch hinsichtlich anderer Begriffe des StGB zu demselben Ergebnis, nämlich zur Unabhängigkeit des Strafrechts vom BGB zu gelangen. Im Gegenteil, der „vorteilhafte Einfluß" dieser eindeutigen Stellungnahme des Gesetzgebers, den die Motive ausdrücklich hervorheben, besteht eben darin, daß die für jeden einzelnen strafrechtlichen Begriff zu beantwortende Auslegungsfrage in Art. 33 EG authentisch i. S. einer selbständigen Begriffsbildung

38) vgl. Staudinger-Keidel zu Art. 33 II Anfang.
39) wie Müller aaO S. 543 meint.

des Strafrechts entschieden worden ist, so daß diese Bestimmung sowohl hinsichtlich der Begründung als auch des Ergebnisses als nachahmenswertes Beispiel angesehen werden darf. Dies gilt um so mehr, als es sich bei der Verwandtschaft und Schwägerschaft um Begriffe handelt, bei denen man am allerwenigsten eine Abweichung vom Zivilrecht vermutet hätte. Gerade der Begriff der Verwandtschaft ist wiederholt für allgemeingültig erklärt[40]), als schlechthin unveränderlicher Grundbegriff bezeichnet worden, und die späteren Ausführungen werden noch zur Genüge zeigen, wie gern die Gegner der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts sich des zunächst verblüffenden Arguments bedient haben, man könne doch nicht zivilrechtlich verwandt, verlobt usw. sein, aber strafrechtlich nicht. Um so wichtiger ist die aus Art. 33 EG zu entnehmende Erkenntnis, daß dieser Einwand trotz der in solch zugespitzter Formulierung liegenden Übertreibung uns nicht zu schrecken braucht. Denn auch er geht im Grunde auf die verfehlte Vorstellung von der absoluten Einheitlichkeit und Allgemeingültigkeit der Rechtsbegriffe zurück. Gerade die bisherigen Ausführungen zu Art. 33 EG beweisen, daß es nötig ist, sich mit derartigen Abweichungen gleichlautender Begriffe in verschiedenen Rechtsgebieten von Anfang an vertraut zu machen, wenn wir uns nicht den Weg zur richtigen Erkenntnis unserer Fragestellung verbauen wollen.

Die Stellungnahme des Gesetzgebers in Art. 33 EG ist aber schließlich vor allem deshalb wertvoll, weil sich bei dem Begriff der Verwandtschaft deutlich zeigt, wie das aus der ursprünglichen Zersplitterung der Landesprivatrechte hergeleitete historische Argument seine selbständige Bedeutung immer mehr verliert und schließlich zu einem Hilfsmittel der teleologischen Betrachtungsweise, der Auslegung nach Sinn und Zweck herabsinkt. Schon die Entscheidung RG 2, 240 hatte — ohne den gesetzlichen Anhaltspunkt des Art. 33 EG — die Abweichung des strafrechtlichen Begriffs der Verwandtschaft von den privatrechtlichen Bestimmungen des preußischen ALR nur zunächst damit begründet, daß gegenüber den verschiedenen Landeszivilrechten ein einheitliches RStGB geschaffen werden sollte, sodann aber bereits entscheidend auf die Blutsverwandtschaft als „den Grund des Gesetzes" hingewiesen. Nach RG 56, 428 enthält es „nur eine Anerkennung der (dargelegten) für die genannten Rechtsgebiete bestehenden Verschiedenheit der Sachlage, wenn die Art. 32, 33 EG die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB über Verwandtschaft und Schwägerschaft zwar für den Bereich der Prozeßgesetze, nicht aber für den des StGB erklären." Die Abweichung der Begriffe in beiden Rechtsgebieten ist demnach zwar überwiegend durch die historische Entwicklung zu erklären, findet aber ihre innere Rechtfertigung in dem besonderen Sinn und Zweck der einzelnen strafgesetzlichen Bestimmungen. Diese Erkenntnis läßt sich dahin verallgemeinern, daß die historische

40) vgl. unten S. 150.

Lage, die Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Landesprivatrechts, „nur zufällig" den Weg zur Selbständigkeit und Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffe offengehalten und damit eine Entwicklung ermöglicht, zum mindesten sehr gefördert hat, die später als teleologische Begriffsbildung und Auslegung bekannt geworden ist, und deren besondere Bedeutung für unsere Fragestellung noch zu erörtern sein wird.

6. Die bisherigen Ausführungen zu den Artikeln 4 und 33 EG sowie die Berücksichtigung der Rechtslage vor 1900 lassen es zum mindesten als bedenklich erscheinen, eine echte Verweisung des StGB i. S. des Art. 4 EG ohne sorgfältige Prüfung ihrer Berechtigung anzunehmen. Darüber hinaus ergibt sich bereits aus dem Gesagten, daß wir den Art. 33 EG nicht als eng auszulegende Sonderbestimmung auffassen, sondern nur als ein Beispiel für die Entwicklung einer spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung, das ohne Schwierigkeiten vermehrt werden kann[41]) und das vor allem in den besonderen, auf das Gebiet des StGB beschränkten Definitionen einzelner Begriffe bereits bemerkenswerte Vorbilder hat.

Mit dieser Auffassung weichen wir allerdings schon grundsätzlich von der herrschenden Lehre des Schrifttums ab, das sich an Hand der Bestimmungen des EG ein Bild von dem Einfluß des BGB auf das Strafrecht zu machen sucht, dabei aber infolge Vernachlässigung der historischen Entwicklung einen weitgehenden Einfluß des BGB anerkennt, indem es durchweg keine Bedenken trägt, aus der Gleichheit der Bezeichnung vorschnell auf die Identität der gleichlautenden Begriffe zu schließen. So folgert z. B. Niedner[42]) aus dem Grundsatz des Art. 32 i. V. mit Art. 4 EG, „daß — im allgemeinen — überall dort, wo im StGB zivilrechtliche (!) Begriffe verwendet worden sind[43]), die Vorschriften des BGB Anwendung finden" müßten. Noch deutlicher zeigt sich bei Meyer[44]), daß durch diese recht bedenkliche Verallgemeinerung des Einflusses des BGB ein ganz falscher Weg eingeschlagen wird, der zu dem offensichtlich unhaltbaren Ergebnis führt: „Das BGB wird als Rechtsquelle für das StGB in all den Fällen in Betracht kommen, wo das Strafrecht eine Begriffsbestimmung nicht enthält und nur eine positive, dem bürgerlichen Recht angehörige Gesetzesnorm die Lösung bringen kann." Zuzugeben ist Meyer lediglich, daß die Verschiedenheit des Verwandtschaftsbegriffs im StGB und in der StPO zuweilen zu Ergebnissen führen kann[45]), die, für sich allein betrachtet, bedenklich erscheinen; und in-

41) vgl. hierüber unten die Darstellung der Rechtsprechung S. 167.

42) Allgemeines zu Art. 34.

43) z. B. Eigentum, Irrtum, Inhaberpapier, Personenstand, Ehe, Bevollmächtigter, Nießbrauch, Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht u. a.

44) Recht 1903, 455 ff.

45) Beanstandet wird im allgemeinen, daß wegen der Bindung der StPO ans BGB der durch uneheliche Geburt Verwandte kein Zeugnisverweigerungsrecht hat.

soweit ist auch dem aus derselben Erwägung hervorgegangenen Abänderungsvorschlag Keßlers[46]), der die Ausdehnung der in Art. 33 EG für die Prozeßgesetze vorgeschriebenen Bindung ans BGB auf das StGB befürwortet, um die „bedenkliche Verschiedenheit, ja den unerträglichen Widerspruch beider Gesetze" zu beseitigen, die gute Absicht nicht abzusprechen. Aber ganz abgesehen davon, daß es wohl kaum möglich wäre — wie Keßler meint —, gleichzeitig die erforderlichen Ausnahmen für das Gebiet des StGB und der StPO gesetzlich zu bestimmen, drängt sich sofort die Frage auf, ob der „Fehler" des Art. 33 EG und damit die Ursache dieses Widerspruchs beider Gesetze nicht weniger in der Unabhängigkeit des StGB als vielmehr in der damals neu eingeführten Bindung der StPO an das BGB zu suchen ist. Jedenfalls wäre die Loslösung der StPO aus den Begriffsfesseln des BGB ebenfalls ein Weg, um die beklagte Verschiedenheit beider Rechtsgebiete zu beseitigen, und zwar u. E. der bessere und richtigere[47]). Daß er von Keßler und den übrigen Schriftstellern, die sich mit dieser Frage beschäftigen, nicht gesehen, geschweige denn befürwortet wird, liegt in ihrer abweichenden Grundauffassung, die Übereinstimmung möglichst aller strafrechtlichen Begriffe mit denen des BGB sei das erstrebenswerte Ziel und unerläßliche Voraussetzung der Rechtseinheit, die lediglich durch die bedauerliche Ausnahmevorschrift des Art. 33 EG, insbesondere den daraus hergeleiteten Gegenschluß für das StGB, zerstört werde. Dabei wird völlig verkannt, daß das Problem der Abweichung strafrechtlicher Begriffe von den gleichlautenden des Zivilrechts allgemeiner und grundsätzlicher Natur ist, daß es keineswegs nur hinsichtlich der Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft, also innerhalb des Art. 33 EG, auftaucht[48]), sondern in zahlreichen Fällen auch ohne die Hilfe einer dem Art. 33 EG entsprechenden Gesetzesbestimmung i. S. einer Emanzipation der strafrechtlichen Begriffe gelöst worden ist[49]). Insoweit kommt dem Art. 33 EG keine unersetzbare Bedeutung zu. Weil es aber um grundsätzliche Dinge, um „Gegensätze der Richtung" geht, muß allerdings auch die Auffassung, der Art. 33 EG sei eine eng auszulegende Ausnahmebestimmung, abgelehnt und vor allem davor gewarnt werden, die so aufschlußreiche historische Entwicklung mit der im Grunde nichtssagenden Bemerkung zu übergehen, „im allgemeinen" sei für den Inhalt der zahlreichen, dem bürgerlichen Recht entnommenen Begriffe des StGB seit 1900 das BGB maßgebend, „und zwar nach Maßgabe der Art. 4 und 32 EG"[50]). Dieser Satz ist deshalb so gefährlich, weil er „an sich" nicht falsch ist; er wird es aber meist recht bald, da die entscheidenden letzten Worte sehr leicht vernachlässigt oder vergessen werden.

Bei den älteren Erläuterungen des EGBGB hat offensichtlich die damals freudig begrüßte Rechtseinheit viel zu der Verwechslung der Einheit des Rechts mit der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe beigetragen. Darauf mag es beruhen, daß die Auslegungsfrage gemäß Art. 4 EG durchweg i. S. einer Abhängigkeit des Strafrechts von den Begriffen des BGB entschieden wurde. Die Auswirkungen dieser Meinung lassen sich bis in die neuere Zeit nachweisen; so richtig auch der Hinweis Keidels[51]) sein mag, es werde in der Regel dem Streben nach Rechtseinheit nicht entsprechen, wenn Verweisungen auf inhaltlich möglicherweise verschiedene Landesprivatrechte als Inhalt von Reichsgesetzen aufrechterhalten würden, so bedenklich ist die hieraus gezogene Folgerung, die „entlehnten" Begriffe müßten deshalb durch das neue einheitliche Reichsprivatrecht ersetzt werden. Denn sie geht zurück auf die unrichtige Vorstellung, daß das Strafgesetz überhaupt verweise und daß die Einheit des Rechts nur durch Anlehnung an das BGB gewährleistet werden könne. Nur zu leicht wird allgemein vergessen, daß viele — trotz ihrer zivilistischen Bezeichnung — „strafrechtliche" Begriffe schon seit dem Inkrafttreten des StGB einheitlich für das gesamte Reichsgebiet gelten[52]). Dieser Fehler liegt offensichtlich zum großen Teil daran, daß die Bestimmungen des EGBGB durchweg von Zivilrechtlern erläutert worden sind, die hierbei die neuere Rechtsprechung in Strafsachen, soweit sie nicht gerade zu Art. 33 EG ergangen ist, nicht berücksichtigen[53]). Jedenfalls ist es zu begrüßen und mag gegenüber den zahlreichen Gegnern unserer Auffassung betont werden, daß der Strafrechtler Richard Schmidt[54]) schon im Jahre 1900 mit Recht den Grundsatz aufgestellt hat, daß „in den meisten Strafgesetzen, welche anscheinend (!) zivilistische Begriffe in die Tatbestandsmerkmale aufnehmen, solche Begriffe offensichtlich nicht als Verweisungen auf die Zivilrechtssätze . . gemeint sind, sondern daß das Strafgesetz die Auslegung seiner Begriffe aus seinen eigenen Grundgedanken heraus erwartet".

46) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, 460 ff.

47) vgl. hierüber unten S. 181.

48) der im Grunde nur ein Beispiel für eine bestimmte Entwicklung darstellt. Sehr bezeichnend hierfür ist die Rechtsprechung zu dem strafrechtlichen Begriff des Verlöbnisses, der ebenfalls vom Zivilrecht losgelöst worden ist, und zwar mit der Bemerkung, „Art. 33 EG stehe nicht entgegen" (RG 38, 244); vgl. unten S. 182.

49) Die Rechtsprechung nimmt auf Art. 33 EG im allgemeinen nur insoweit Bezug, als es sich um eine vom Zivilrecht abweichende Auslegung solcher Verhältnisse handelt, die im strafrechtlichen Sinn (§ 52 Abs. 2) die Angehörigeneigenschaft begründen; vgl. unten S. 173 fg.

50) so Staudinger-Keidel zu Art. 34 I EG.

51) zu Art. 4 Note 3.

52) daß also die geäußerten Bedenken durch die Anerkennung der Emanzipation der strafrechtlichen Begriffsbildung hinfällig werden.

53) Im Grunde stehen die Erläuterungswerke zum EGBGB der Tendenz unserer Arbeit ebenso ablehnend gegenüber wie die Lehrbücher zum Besonderen Teil des StGB.

54) DJZ 1900, 147 ff.

7. Damit können wir die Untersuchung über die Bedeutung des EGBGB für das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht abbrechen. Sie hat zwar, wie auch nicht anders zu erwarten war, nicht zu einer abschließenden und eindeutigen Lösung unserer Fragestellung führen können, wohl aber wichtige Gesichtspunkte aufgezeigt für die Entscheidung der offen gebliebenen Auslegungsfrage, ob das StGB einen Begriff mit selbständigem Inhalt einzuführen beabsichtigt hat oder Sinn und Bedeutung seiner Begriffe dem allgemeinen bürgerlichen Recht entnommen wissen will. Insbesondere haben wir gesehen, daß mit einer echten Verweisung des StGB i. S. des Art. 4 EG auf das allgemeine bürgerliche Recht nicht ohne weiteres gerechnet werden darf[55]). Lediglich angedeutet ist bisher der letzten Endes entscheidende Gesichtspunkt der teleologischen Begriffsbildung und Auslegungsmethodik, auf den wir später zurückkommen werden, da er erst dort seine volle Bedeutung gewinnt, wo der Gesetzgeber zweifellos von einer Bindung des Strafrechts an außerstrafrechtliche Begriffe ausgegangen ist[56]). Zunächst müssen wir uns ausführlicher mit einem anderen Fragenbereich beschäftigen, der durch das Stichwort „Akzessorische Natur des Strafrechts" gekennzeichnet wird. Die Auswirkungen dieser Lehre, die das Wesen des Strafrechts in seiner besonders kraß ausgebildeten Rechtsgüterschutzfunktion erblickt, sind scheinbar geeignet, die bisherige Beurteilung des Verhältnisses des Zivilrechts zum Strafrecht grundlegend zu ändern und die Richtigkeit der bisher zusammengetragenen Anhaltspunkte für eine Emanzipation der strafrechtlichen Begriffsbildung in Frage zu stellen.

Der neue Abschnitt der Entwicklung wird beherrscht durch das Hervortreten allgemeiner und rechtspolitisch bedingter Gesichtspunkte, von denen sich vor allem der aus dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung hergeleitete Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe, insbesondere der Allgemeingültigkeit der Grundbegriffe des Allgemeinen Teils des BGB, mit der Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts verbündet, um gemeinsam jeglicher — vom Standpunkt des rechtsstaatlichen Positivismus überaus gefährlichen — Verselbständigung der strafrechtlichen Begriffe entgegenzutreten. Es wird deshalb zunächst unsere Aufgabe sein, die Auswirkungen dieser Zeitströmungen auf das Verhältnis des Strafrechts zum Zivilrecht klarzulegen, dabei vor allem diejenigen

55) Daß andererseits die aus der historischen Rechtszersplitterung hergeleiteten Argumente nicht unbesehen verallgemeinert werden dürfen, beweist die Rechtsprechung zum Merkmal „fremd", das vom RG stets als echte Verweisung i. S. des Art. 4 EG aufgefaßt worden ist.

56) Der auch von Siebert (Besitzbegriff S. 8 ff.) betonte zweifellos richtige Ausgangspunkt, es sei stets zu prüfen, ob der Strafgesetzgeber hinsichtlich der Begriffsbildung auch selbständig vorgegangen sei, darf nicht dahin verstanden werden, daß die etwaige ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers, das Strafrecht an zivilrechtliche Begriffe zu binden, ein schlechthin unüberwindliches Hindernis für die Emanzipation strafrechtlicher Begriffe darstelle.

Gesichtspunkte aufzuzeigen, die trotzdem der allgemeinen Zivilisierung des Strafrechts entgegengewirkt und damit unserem Ziel, der Ausbildung einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildung, vorgearbeitet haben. Sie lassen sich nicht auf einen einheitlichen Nenner bringen, sondern tauchen oft zusammenhanglos hier und dort auf, so daß wir von den verschiedensten Ausgangspunkten und oft auf Umwegen an die Lösung unserer eigentlichen Problemstellung herangehen und so versuchen müssen, nähere Anhaltspunkte für den Umfang der Bindung des Strafrechts an die Begriffe des BGB oder für den Grad der Emanzipation strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale zu gewinnen.

B. Untersuchungen über das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht in der Schweizerischen Rechtswissenschaft.

Bevor wir uns dieser Aufgabe im einzelnen zuwenden, empfiehlt sich ein kurzer Rückblick auf die Entwicklung unserer Problemstellung im Schweizer Recht, die gleichzeitig eine aufschlußreiche, einleitende Vorschau auf den Stand der Rechtslehre in Deutschland vermittelt. Die Erörterungen der schweizerischen Rechtswissenschaft, die das Verhältnis der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Begriffe — zum Teil sowohl auf Grund des deutschen wie des französischen Gesetzestextes — zum Gegenstand hatten, in der deutschen Rechtslehre aber unbeachtet geblieben sind, interessieren trotz der dürftigen Ausbeute für die Lösung unserer Aufgabe in mehrfacher Hinsicht; und zwar nicht zuletzt deshalb, weil sie — allgemein betrachtet — ein lehrreiches Beispiel einer von unserem Standpunkt aus verfehlten Methodik darstellen, so daß wir insoweit auch aus den damals gemachten Fehlern nur lernen können. Bemerkenswert ist zunächst, daß in der Schweiz schon früh, nämlich auf zwei Tagungen in den Jahren 1902 und 1903, die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht schlechthin aufgegriffen und vor einem größeren Kreis von Zivil- und Strafrechtlern, Hochschullehrern und Praktikern erörtert wurde[1]). Dabei machte sich jedoch die von der Rechtsentwicklung in Deutschland abweichende Gestaltung der schweizerischen Verhältnisse von Anfang an stark bemerkbar. Vor allem fehlt ein die Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung begünstigender Umstand, wie wir ihn in der Zersplitterung der deutschen Landesprivatrechte und in der zeitlichen Priorität des RStGB kennen gelernt haben. Denn die Erörterungen beschränken sich fast ausschließlich auf die Untersuchung der Problemstellung de lege ferenda; das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht wird lediglich unter dem[2]) Gesichtspunkt geprüft, ob und inwieweit das Ein-

1) Über die durchaus ähnlichen Beratungen des Deutschen Anwaltsvereins über „die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht", die sowohl in der Art der Beweisführung als auch im Ergebnis weitgehend übereinstimmen, vgl. unten S. 155

2) u. E. verfehlten, jedenfalls wenig ergiebigen.

greifen des Gesetzgebers durch Aufstellung besonderer Begriffsdefinitionen angebracht und erforderlich sei, und es wird sogar als glücklicher Zufall hervorgehoben, daß die Vorarbeiten für die schweizerischen ZGB- und StGB-Entwürfe zur gleichen Zeit und zuweilen von denselben Personen durchgeführt würden. Es ist deshalb nicht überraschend, daß die Vereinheitlichungsbestrebungen auch unter dem Gesichtspunkt einer Übereinstimmung der Begriffe großen Anklang fanden, und durchaus erklärlich, daß vorwiegend allgemeine und theoretische Gesichtspunkte, insbesondere die Notwendigkeit einer allgemeinen Rechtslehre und die akzessorische Natur des Strafrechts stark betont wurden. Dementsprechend beschäftigten sich die Untersuchungen hauptsächlich auch nur mit den in den Allgemeinen Teil beider Gesetze aufzunehmenden Begriffen, während die Tatbestandsmerkmale des Besonderen Teils des StGB, bei denen die Problematik unserer Fragestellung erst recht in Erscheinung tritt, wenig Beachtung fanden. Berücksichtigt man außerdem, daß brauchbare Vorarbeiten damals nicht vorhanden oder jedenfalls nicht bekannt waren[3]) und daß der Gang der Erörterungen vorwiegend von Zivilrechtlern oder vom Standpunkt des Zivilisten aus bestimmt wurde[4]), so wundert es nicht, daß man sich weitgehend mit der Betonung der liberal-rechtsstaatlichen These begnügte, die Rechtssicherheit erfordere die Übereinstimmung der Begriffe in beiden Rechtsgebieten, die überdies in der akzessorischen Natur des Strafrechts ihre dogmatische Rechtfertigung finde[5]). Trotz alledem ist es aufschlußreich zu verfolgen, welche Gesichtspunkte im einzelnen für oder gegen die „Konkordanz" der Begriffe[6]) in beiden Rechtsgebieten ins Feld geführt wurden.

1. Die Erörterungen, die offensichtlich durch die Schrift von Liszts über die „Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht" mit veranlaßt waren, begannen zunächst mit der umgekehrten Problemstellung[7]), nämlich mit dem Thema „Kriminalpolitische Anforderungen an das Schweizerische Zivilgesetzbuch", über das Burckhardt und Hafter auf der

3) Nicht einmal die Arbeit von Lobe 1898 ist erwähnt, obwohl die Rechtsentwicklung in Deutschland berücksichtigt wurde; auch die Ergebnisse der Rechtsprechung sind nur in geringem Maße herangezogen.

4) Wie wichtig es ist, von welchem Ausgangspunkt man an die Lösung der Frage herangeht, werden wir noch öfters feststellen müssen.

5) Dieses Ergebnis entspricht im allgemeinen dem damaligen Stand der Dogmatik, was in entschuldigendem Sinne berücksichtigt werden mag.

6) die keineswegs als Fesselung des Strafrechts empfunden wurde. — In den folgenden Ausführungen ist — soweit nicht genauere Belegstellen angegeben werden — allgemein auf den Inhalt der Referate und der Debatte Bezug genommen. Es ist selbstverständlich, daß wir uns hierbei nicht mit allen Einzelheiten der sehr ausführlichen Berichte, die zum Teil auch heute zweifellos überholt sind, auseinandersetzen können, sondern uns auf die grundsätzlichen Gesichtspunkte beschränken müssen, die auch für die Beurteilung der Problemstellung im deutschen Recht verwertbar sind.

7) mit der wir uns im übrigen nicht weiter beschäftigen.

Tagung der Schweizerischen Landesgruppe der IKV im Jahre 1902 Bericht erstatteten[8]). Die uns interessierende Frage nach der Übereinstimmung der Begriffe wird hierbei zunächst nur kurz gestreift[9]), desto ausführlicher aber das anders gelagerte allgemeine Problem behandelt: „Welche praktischen Anforderungen stellt das Strafrecht an den Privatgesetzgeber, genauer, in welchen Punkten hat er de lege ferenda auf eine Übereinstimmung mit Strafrechtssätzen Bedacht zu nehmen"[10])? Lediglich anhangsweise kommt man dabei auch auf die „theoretische Frage" nach dem „logischen" (!) Verhältnis der strafrechtlichen und privatrechtlichen Begriffe zueinander in einer „als gegeben gedachten (!) Gesetzgebung" zu sprechen[11]). Ob dagegen der Strafgesetzgeber Begriffe, die im Zivilrecht bereits gegeben sind, unverändert übernehmen müsse oder nicht, bezeichnet Burckhardt[12]) als eine „rein praktische Frage", die in jedem einzelnen Fall besonders geprüft werden müsse[13]); im übrigen beschränkt er sich auf die Feststellung, es sei „kein logischer Widerspruch", wenn der Strafgesetzgeber einen bereits im Zivilrecht verwendeten Begriff abweichend definiere[14]), denn er verwende ihn ja in einem anderen Rechtssatz. Obwohl also keine logische Notwendigkeit bestehe, zivilrechtliche (?) Begriffe, die im Strafrecht verwendet würden[15]), dort gleich zu bestimmen wie im Zivilrecht, so sei es aber doch vielfach ein Gebot der Gerechtigkeit und entspreche einem praktischen Bedürfnis, daß „zivilrechtliche Kategorien bei der Formulierung der Deliktstatbestände berücksichtigt würden"; in die-

8) vgl. die Veröffentlichung der Referate in Schweizer Zeitschrift für Strafrecht Bd. 15 S. 233 und 262 ff.; Aussprache daselbst S. 229 bis 232.

9) Hierzu bestand auch kein unmittelbarer Anlaß, da ja die Frage der Verwertbarkeit strafrechtlicher Begriffe und Gedankengänge im Zivilrecht den eigentlichen Gegenstand der Erörterungen bildete.

10) Im wesentlichen handelt es sich um andere Gesichtspunkte, vorwiegend um die Vermeidung materieller Disharmonien in beiden Rechtsgebieten; so werden z. B. die Voraussetzungen und das Verhältnis des zivilrechtlichen Schutzes zum strafrechtlichen, der Begriff des Privatdelikts, die unerlaubten Handlungen, die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht (Rechtswidrigkeit und Schuld), die Bedeutung der Unrechtsausschließungsgründe, insbesondere der Einwilligung des Verletzten, vom Standpunkt des Zivilrechts aus näher erörtert, worauf wir in diesem Zusammenhang nicht näher einzugehen brauchen.

11) aaO. S. 256 ff.

12) aaO. S. 257.

13) z. B. müsse der Strafgesetzgeber zur Beantwortung der Frage, was eine Urkunde mit rechtlich erheblichem Inhalt sei, auf das Zivilrecht verweisen. Erfahrungen der Praxis aber werden bei dieser — nur ganz selten durchgeführten — Prüfung nicht herangezogen.

14) aaO. S. 257; z. B. wenn der strafrechtliche Sachbegriff auch die Elektrizität umfasse. Es werde aber niemand behaupten, daß dieser Sprachgebrauch zweckmäßig sei.

15) wie z. B. Person, Vorsatz, Fahrlässigkeit, bewegliche Sache, Urkunde u. a.

sem Sinn seien die zivilrechtlichen Begriffe dem Strafrecht „vielfach präjudizierlich“[16]).

Wie wenig mit diesem Ergebnis gewonnen ist, das allenfalls eine wenig brauchbare Fragestellung enthält[17]), zeigen die Folgerungen, die aus dieser Grundauffassung für die Umschreibung der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit gezogen wurden: Da die privatrechtliche Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit) die gleichen (?) geistigen Fähigkeiten voraussetze, seien beide Begriffe auch in beiden — logisch zwar unabhängigen — Gebieten übereinstimmend zu definieren[18]). Daß diese Auffassung zweifellos verfehlt ist, daß es sich gerade bei der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit um eine Frage handelt, deren selbständige Regelung seit langem als notwendig anerkannt und bei rückblickender Betrachtung eigentlich selbstverständlich ist, braucht heute kaum noch betont zu werden[19]). Wir begnügen uns hier deshalb mit dem Hinweis, daß schon Abegg im Jahre 1867 die Frage, ob die zivilgerichtliche „Blödsinnigkeitserklärung“ zur Annahme strafrechtlicher Unzurechnungsfähigkeit zwinge, mit Recht verneint hat[20]), und zwar im Hinblick auf die erforderliche Selbständigkeit der Strafrechtspflege, auf die verschiedenen Zwecke beider Rechtsgebiete, die eine jeweils abweichende Beurteilung nicht nur zulassen, sondern unter Umständen sogar erfordern. Beide Begriffe sind also nicht nur „logisch“ voneinander unabhängig, sondern gerade aus inneren Gründen ist ihre „sachliche Konkordanz“ zu verneinen[21]).

---

16) vgl. aaO. S. 261 These VII; dazu auch S. 258: . . . „Sicher ist, daß das Zivilrecht seine Begriffe nicht denjenigen des Strafrechts nachzubilden braucht. Es kann höchstens ein praktisches Bedürfnis bestehen, daß gemeinsame Begriffe übereinstimmend formuliert werden, sofern eben die Frage dieselbe ist, wie z. B. beim Begriff der Person, der Handlung und der Zurechnungsfähigkeit“.

17) Die logische Unabhängigkeit der Begriffe interessiert überhaupt nicht, und die wichtige Frage, in welchem Umfang denn die zivilrechtlichen Begriffe „dem Strafrecht präjudizierlich“ seien, wird ausdrücklich offengelassen.

18) aaO. S. 257, 260 These IV; vgl. die entgegengesetzte These von Kadečka (Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags, 2. Bd. S. 425): „Die strafrechtliche Zurechnungsunfähigkeit braucht sich mit der zivilrechtlichen Unverantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen nicht zu decken“ sowie die sich daran anschließende Aussprache.

19) vgl. auch unten S. 257 ff.

20) GA 1867, 376 und 433 ff.

21) Daß Burckhardt gerade bei diesem einzigen Beispiel, für das er ausnahmsweise die Frage der Übereinstimmung der Begriffe prüft, zu einem bedenklichen Ergebnis gelangt, läßt die Verwertbarkeit seiner Thesen besonders fragwürdig erscheinen. Dies wurde zum Teil auch in der kurzen Debatte erkannt; so betonte z. B. Zürcher (aaO. S. 230), das Bedürfnis für eine möglichst weitgehende Übereinstimmung der Begriffe höre auf, sobald beide Gesetzgebungen von verschiedenen Zwecken ausgehen. Dies scheine namentlich der Fall zu sein bei der Zurechnungsfähigkeit, bei der das Zivilrecht im Gegensatz zum Strafrecht die Grenzen weit ziehe und den Schutz, den man dem beschränkt Handlungsfähigen angedeihen lassen wolle, weit ausdehne. Ähnlich Huber aaO. S. 231: Eine volle Übereinstimmung der

Ebenso bedenklich und für die Klärung unserer Fragestellung unergiebig wie die vom zivilistischen Standpunkt ausgehenden Gedankengänge Burckhardts waren die Ausführungen des Strafrechtlers Hafter, der ebenfalls die Angleichungsbestrebungen in beiden Gebieten, insbesondere die Übereinstimmung der gemeinsamen Begriffe, warm befürwortet und deshalb u. a. vorschlägt, die „allgemeinen Begriffe“, die über ein bestimmtes Rechtsgebiet hinaus „für das Recht im allgemeinen gelten“[22]) z. B. Zurechnungsfähigkeit[23]), Schuld, Notwehr, Notstand usw. je im allgemeinen Teil des ZGB und des StGB einheitlich zu umschreiben. Immerhin ist bei Hafter eine grundsätzliche — allerdings nur beiläufig erwähnte — Besonderheit hervorzuheben; er will nämlich die Frage, wie diese Definitionen im einzelnen lauten müßten, erst entscheiden, „wenn das Privatrecht seine Geneigtheit erklärt, die Begriffe ungefähr so zu übernehmen, wie sie die Strafrechtswissenschaft (!) entwickelt hat“[24]). Hier zeigt sich besonders deutlich, daß mit den erwähnten allgemeinen Redewendungen über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der begrifflichen Übereinstimmung beider Rechtsgebiete für die entscheidende Frage, ob diese durch innere Gründe bedingt und gerechtfertigt wird, nichts gewonnen ist. Vielmehr verbergen sich hinter ihnen ungelöste sachliche Gegensätze, die bei genauer Überprüfung alsbald hervortreten und für deren Beurteilung und Überbrückung der jeweilige Ausgangspunkt vom Zivilrecht oder Strafrecht von entscheidender Bedeutung ist[25]).

Begriffe sei nicht in allen Punkten erreichbar, namentlich nicht bei der Zurechnungsfähigkeit. Das Zivilrecht kenne nur die Frage, in welchem Zustand eine Person zivilrechtlich verantwortlich sei; der Kreis des Strafrechts sei enger.

22) aaO. S. 270.

23) Auch Hafter betont ausdrücklich die Gleichheit der Voraussetzungen und deshalb des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit in beiden Gebieten (S. 263, 270).

24) aaO. S. 271. Auch sonst hebt Hafter wiederholt hervor, daß „im engen Anschluß an das Strafgesetz“ entsprechende Bestimmungen in das ZGB aufzunehmen seien, und daß mancher aus dem Strafgesetz (!) stammende Begriff, z. B. Gewalt, Drohung, Betrug, in seiner zivilistischen Umschreibung sich möglichst an die strafrechtlichen Tatbestände anschließen solle (S. 271, 273).

25) Im Grunde hat Hafter damit die Autonomie des Strafrechts auch hinsichtlich der Begriffsbildung betont und unbewußt anerkannt. Die Auswirkungen dieser grundsätzlichen Einstellung — in Verbindung mit der fortschreitenden Entwicklung der Strafrechtswissenschaft — zeigen sich später deutlich in Hafters „Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts“, dessen Besonderer Teil (1. Hälfte, 1937) erst nach Abschluß der Arbeit berücksichtigt werden konnte. Schon in dem im Jahre 1926 erschienenen Allg. Teil finden sich häufig Abweichungen von seiner früher vertretenen Auffassung, z. B. S. 102 Nr. 1 (Zurechnungsfähigkeit): „Die frühere Forderung einer übereinstimmenden Begriffsbestimmung für Zivil- und Strafrecht ist als nicht haltbar aufgegeben“. S. 144 (Notstand): „Eine volle Übereinstimmung zwischen Zivil- und Strafrecht ist hier im Hinblick auf die verschiedene Zweckbestimmung der beiden Rechtsteile kaum denkbar.“ S. 162: „Die strafrechtliche Lehre muß sich bei der Bestimmung des Begriffs der Einwilligung von zivilrechtlichen Überlegungen freihalten.“ Vgl. dementsprechend aus dem Besonderen Teil: S. 10/77 zum Begriff

2. Im Anschluß an diese die Lösung unserer Aufgabe wenig fördernden Erörterungen, die nach Hafters Schlußworten „nur eine Anregung zu weiteren Arbeiten auf dem einmal gewiesenen Weg des Zusammenwirkens von Zivil- und Strafrecht" sein sollten[26]), wurde vorgeschlagen[27]), die eigentlich entscheidende Frage der Übereinstimmung der Begriffe in beiden Rechtsgebieten als neues Diskussionsthema aufzunehmen. So beschäftigten sich dann die Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins im Jahre 1903 mit der — für uns viel versprechenden — Frage: „Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar"[28])? Die Erörterungen erhielten, obwohl sie sich von der Wiederholung der auf der vorhergehenden Tagung der IKV betonten Allgemeinplätze nicht freimachen konnten, eine besondere Note dadurch, daß die beiden Berichterstatter Gmür und Cordey — letzterer unter Zugrundelegung des französischen Gesetzestextes — zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangten und die bisher ohne weiteres unterstellte Notwendigkeit der Übereinstimmung der Begriffe erstmalig von Cordey grundsätzlich in Zweifel gezogen und sogar bestritten wurde.

Der erste Berichterstatter Gmür[29]) beschäftigte sich überwiegend mit den in beiden Rechtsgebieten vorkommenden sog. Grundbegriffen, d. h. „mit solchen Begriffen, die zum mindesten im Zivilrecht (!) dem allgemeinen Teil angehören und in juristisch-technischer Weise verwendet werden"[30]). Er untersucht demgemäß vor allem die „Wünschbarkeit und Ausführbarkeit" der Übereinstimmung für die Begriffe Rechtswidrigkeit, Notwehr, Notstand, Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz, Fahrlässigkeit u. a. und bejaht grundsätzlich beide Fragen, indem er auf das Interesse der

„Mensch" im strafrechtlichen Sinn. S. 215: „Daß strafrechtlicher und zivilrechtlicher Vermögens- und Schadensbegriff sich decken, ist nicht erforderlich. . . . Ausgangspunkt ist die Wahrung der Eigenart strafrechtlicher Betrachtungsweise"; sie kann sogar zu einem „vom Zivilrecht abweichenden Eigentumsbegriff" führen. „Deutlich tritt die Loslösung des Strafrechts vom Zivilrecht beim Besitzbegriff hervor." S. 240: „Der Unterschlagungstatbestand muß aus solcher zivilrechtlichen Bindung gelöst werden." S. 261 (zur Frage des Betrugs bei Vertragsabschluß): „Die strafrechtliche Lösung ist, unabhängig von zivilrechtlichen Überlegungen, nur aus dem Strafgesetz zu gewinnen"; u. a. m.

26) aaO. S. 275.

27) Einer Anregung Zürchers (aaO. S. 230) folgend. Dieser „skizziert drei Richtungen, in denen die Berührungspunkte liegen": Hinsichtlich des Rechtsgüterschutzes müsse sich das Strafrecht dem Zivilrecht unterordnen; es habe aber auch eine selbständige Stellung als Waffe der Gesamtheit im Kampf gegen die Übermacht des Egoismus; insofern müsse sich das Zivilrecht unterordnen „durch Versagung der Wirkung an gewisse Verträge", sofern diese eine Anreizung zu Verbrechen enthalten könnten. Endlich stehe das Strafrecht parallel dem Zivilrecht auf wissenschaftlichem Boden im Rahmen der allgemeinen Rechtslehre. In dieser Hinsicht sollte möglichste Übereinstimmung der Begriffe herbeigeführt werden.

28) Verhandlungen S. 119 ff.

29) aaO. S. 119 ff.; Ergebnis S. 177 ff.

30) aaO. S. 121 ff.

Rechtswissenschaft an einer „möglichst einheitlichen allgemeinen Rechtslehre", auf die Gleichzeitigkeit der schweizerischen Kodifikationsbestrebungen im Zivil- und Strafrecht hinweist und dabei vor allem von der „bloß sekundären Rolle", dem akzessorischen Charakter des Strafrechts ausgeht[31]). „Die Herstellung der Konkordanz der Begriffe würde eine wesentliche Vereinfachung der juristischen Technik und eine vermehrte Rechtssicherheit in die Rechtsprechung bringen und ist daher vom Standpunkt der Ethik und der Gesetzgebungspolitik aus wünschenswert"[32]). Von diesem Standpunkt aus erscheint es nicht weiter verwunderlich, daß die Übereinstimmung der erst „in letzter Linie" flüchtig erörterten einzelnen Tatbestandsmerkmale des Besonderen Teils[33]) mit den gleichlautenden Begriffen des Zivilrechts ohne weiteres als zweckmäßig unterstellt wird[34]). Das Strafrecht verwende in seinem Besonderen Teil „eine Reihe spezifisch zivilistischer (!) Begriffe", namentlich dann, wenn es auf private Rechte und ihre Träger oder auf Rechtsakte und rechtliche Pflichten verweise, die prinzipiell im Zivilrecht geregelt seien[35]). In dem gemeinsamen Kampf gegen das Unrecht könne der Grundsatz „getrennt marschieren, vereint schlagen" nicht ohne weiteres angewandt werden. Demgemäß bejaht Gmür die Abhängigkeit des Strafrechts von zivilrechtlichen Begriffen allgemein dort, wo es sich um den Schutz privater Interessen, um „technisch vom Zivilrecht ausgestaltete Rechtsverhältnisse" handele[36]). Diesen Fällen, in denen die akzessorische Natur des Strafrechts sich auswirke, stellt er solche Begriffe gegenüber, die nicht zivilrechtliche, sondern „tatsächliche (!) Beziehungen" bezeichnen[37]), die vom Strafrecht anders aufgefaßt würden als vom Zivilrecht, weil sie dem „gewöhnlichen Sprachgebrauch", entnommen seien und keinen „rechtserheblichen Inhalt", das soll heißen: keine zivilrechtlich-technische Bedeutung hätten[38]).

31) vgl. aaO. S. 129, 139, 142, 143, 151. Allgemein zur Frage der Wünschbarkeit der Übereinstimmung S. 138 ff., insbes. S. 151: „Es entspricht der sekundären Rolle des Strafrechts, wenn dasselbe da, wo es private Interessen schützt und privatrechtliche Beziehungen erwähnt, in der näheren Umschreibung oder der Auffassung derselben sich dem Zivilrecht nähert."

32) so nochmals später in der Aussprache aaO. S. 295.

33) aaO. S. 145 ff., z. B. Eigentum, Pfandrecht, Vormund, Ehe, Gläubiger, Schuldner u. a.

34) aaO. S. 145, 151; obwohl auch Gmür anfangs betont, aus der häufig gleichen Terminologie dürfe nur gefolgert werden, daß sich die Worte, nicht aber, daß sich auch die Begriffe decken, (S. 138) und obwohl zuweilen Gedanken anklingen, die auf ein tieferes Verständnis schließen lassen, vgl. z. B. S. 122: „Es wäre ja möglich, daß nur eine ganz äußerliche Übereinstimmung in Bezug auf die Terminologie existierte."

35) aaO. S. 176, 179.

36) aaO. S. 145, 151.

37) z. B. Körperverletzung, Kundschaft, Bau, Urkunde, Sache, Ware, Geld, Blutsverwandtschaft u. a.

38) aaO. S. 180; dies könne auch ohne große Not geschehen, zumal der Unterschied in der Regel „ein subtiler sei".

Damit sind zwei Gesichtspunkte hervorgehoben, die uns noch öfters begegnen werden und deren Richtigkeit wir an späterer Stelle prüfen müssen. Hier können wir uns auf die Ablehnung der Gmür'schen Ausführungen, daß das Strafrecht im allgemeinen auf einem engeren Standpunkt als das Zivilrecht stehe und bei Anwendung seiner schärferen Waffen erhöhte Vorsicht geboten sei[39]), beschränken und zum Nachweis auf die später darzustellende Rechtsprechung des RG Bezug nehmen, von der die meisten der angeblich zivilrechtlichen Tatbestandsmerkmale des StGB als „selbständig", d. h. als spezifisch strafrechtliche „und deshalb in weitestem Sinn auszulegende" Begriffe bezeichnet worden sind. Der Gegensatz der grundsätzlichen Auffassung Gmürs zu unserer Einstellung, aber auch zu der Feststellung der Motive zum EGBGB, daß viele strafrechtliche Begriffe eine allgemeine und unbestimmte Fassung erhalten hätten, tritt damit deutlich genug in Erscheinung. Er ist im wesentlichen durch die von Gmür bevorzugte abstrakt-theoretische Betrachtungsweise[40]) sowie durch die Beschränkung seiner Untersuchungen de lege ferenda bedingt[41]). Die „Ausführbarkeit" der Übereinstimmung der Begriffe zu prüfen, sei ausschließlich Sache des Gesetzgebers[42]), der die wichtigsten Grundbegriffe in dem allgemeinen Teil beider Gesetze ausdrücklich definieren müsse. Die nur vereinzelt bekannt gewordenen Abweichungen der strafrechtlichen Begriffe von den gleichlautenden des Zivilrechts seien offensichtlich auf den in beiden Rechtgebieten „ungleich fortgeschrittenen Stand der Doktrin" und nicht zum mindesten auf die Mannigfaltigkeit der verschiedenen Rechtsquellen zurückzuführen. Nach der Vereinheitlichung der beiden größten Rechtsgebiete werde es aber schwer sein, stichhaltige Gründe gegen die übereinstimmende Fassung und Gestaltung der gemeinsamen Begriffe anzuführen.

3. Es scheint fast so, als habe Gmür selbst das Gefühl gehabt, daß auf diese Art und Weise das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht wohl kaum in befriedigendem Sinne geklärt werden könne, und daß in den recht allgemein gehaltenen, stark theoretischen Gedankengängen noch manche unberücksichtigte Fehlerquelle enthalten sei. Denn er betont selbst mehrmals[43]), daß es sich um eine „wenig günstige" Fragestellung handele, „welche neben ihrer Abstraktheit die unangenehme Eigenschaft in sich trägt, daß sie nirgends absolut festen Halt und scharfe

39) aaO. S. 146.

40) Selbst „rechtsästhetische" Gesichtspunkte (S. 179) werden von ihm für die Zweckmäßigkeit der Übereinstimmung der Begriffe angeführt, obwohl er andererseits mehrfach betont, daß eine zwingende, logische Notwendigkeit hierzu nicht bestehe (z. B. S. 139).

41) Gmür hebt selbst hervor, daß seine Ergebnisse keinen unmittelbaren Wert für die Praxis hätten, sondern nur „auf die Beleuchtung von Fragen gesetzgeberischer Natur gerichtet" seien. (S. 121).

42) aaO. S. 180 ff.

43) so bereits zu Anfang S. 120 ff.

Umrisse gewährt"[44]), um ein „abseits liegendes Gebiet", für das keine einschlägige Literatur vorhanden[45]) und das bisher in der Regel nur von Kriminalisten bearbeitet sei[46]).

Die erforderliche Kritik der Ausführungen Gmürs, die in ihrem vollen Umfang erst aus unseren späteren Darlegungen ersichtlich werden wird, erfolgte denn auch unmittelbar danach durch den Mitberichterstatter Cordey, der zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangte, daß die Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und Strafrecht nicht wünschenswert sei und nur „auf Kosten der natürlichen Entwicklung beider Rechte" durchgeführt werden könne[47]). Es erscheint weder erforderlich noch angebracht, auf die Einzelheiten des Referats von Cordey[48]) und die recht gewundene Erwiderung Gmürs[49]) näher einzugehen, da diese weitgehend durch positive Vorschriften des Schweizer Rechts, insbesondere auch durch die Fassung des französischen Gesetzestextes bedingt waren. Wohl aber lohnt es sich, die grundsätzliche Einstellung Cordeys im Prinzip festzuhalten: er geht davon aus[50]), daß die natürliche Entwicklung beider Rechtsgebiete nicht parallel verlaufe, die beabsichtigte Bindung der angeblich übereinstimmenden Begriffe deshalb dem wahren Charakter der Vorschriften Gewalt antue und schließlich zum Erstarren in Formalismus führen müsse. Das beiderseitige Verhältnis der Begriffe lasse sich nicht wie beim bimetallistischen System in einer bestimmten Proportion fixieren, und das zur Zeit der ersten Angleichung der Begriffe vielleicht noch erträgliche künstliche Band werde bei fortschreitender Sonderentwicklung beider Rechtsgebiete zu einem Strick werden, der eine den verschiedenen Zwecken der einzelnen Bestimmungen Rechnung tragende sinngemäße Auslegung verhindere.

Wenn auch die von Cordey angeführten Beispiele für unsere Untersuchung nicht unmittelbar verwertbar sind, so ist doch die durchaus richtige Erkenntnis des Zweckmoments sehr zu begrüßen. Insbesondere die — eigentlich schon damals erfolgte — Entdeckung einer „teleologischen Umformung" der Begriffe, die bei uns später vor allem von Wolf und Schwinge ausgewertet worden ist, läßt den Abstand und Fortschritt der Cordeyschen Ausführungen gegenüber den Thesen Gmürs deutlich in Erscheinung treten[51]). Mit Recht hat Cordey schon damals darauf hinge-

44) vgl. aaO. S. 118 und 178 ff.

45) Auf S. 120 werden lediglich von Liszt „Grenzgebiete" und einige Schweizer Autoren angeführt.

46) Um theoretisch sichere Ergebnisse zu erlangen, müßten für jeden Grundbegriff „ganze Bände geschrieben werden".

47) aaO. S. 196.

48) das nur kurz in französischer Sprache wiedergegeben ist.

49) aaO. S. 286 ff.

50) aaO. S. 190 ff.

51) Er wird in seiner damaligen Bedeutung auch nicht durch den Hinweis auf die Kritik dieser „Umformungsprozesse" in jüngster Zeit (vgl. darüber unten S. 120 fg.) verkleinert.

wiesen, wie sehr sich ein Rechtsbegriff in seiner Bedeutung verändere, wenn er in ein anderes Rechtsgebiet mit verschiedener Zweckbestimmung verpflanzt wird, daß er sich ausrichte nach dem besonderen Sinn und Zweck, dem jeweiligen Grundgedanken des Gesetzes und damit eine wirkliche Umformung durchmache, eine „besondere Färbung" erhalte, die sich von seiner ursprünglichen Bedeutung erheblich unterscheidet. Es ist zweifellos ein Verdienst von Cordey, mit diesen seinen Ausführungen das erforderliche Gegengewicht gegen die „logisch" und theoretisch zunächst vielleicht einleuchtendere Auffassung Gmürs geschaffen zu haben, dessen Wirkung auch durch die Erwiderung von Gmür in der Aussprache nicht beeinträchtigt wurde. Das geht am besten daraus hervor, daß Gmür — obwohl er an seiner, zu dem entgegengesetzten Ergebnis führenden grundsätzlichen Stellungnahme festhält — den Einwendungen Cordeys keine wirklich durchschlagenden Gegengründe entgegenzusetzen vermag, sondern schließlich zu dem Geständnis seine Zuflucht nimmt: „Sollte sich die Notwendigkeit zu differenzieren einstellen, so ist der Gerichtsgebrauch mächtiger als das Gesetz"[52]). Denn hierin liegt im Grunde ein Verzicht auf die Auseinandersetzung mit der von Cordey betonten Auswirkung des Zweckmoments, jedenfalls eine weitgehende Einschränkung der ursprünglichen These. Die Frage der „Differenzierung" dem Gerichtsgebrauch überlassen, heißt praktisch, die Bemühungen um eine Lösung oder Klärung des Problems an einer Stelle aufgeben, an der sie eigentlich erst beginnen müßten. Wir jedenfalls können uns mit diesem letzten — immer noch offenstehenden — Ausweg nicht begnügen, sondern werden — da die Notwendigkeit zu differenzieren sich weitgehend aus dem verschiedenen Zweck beider Rechtsgebiete ergibt[53]) — umgekehrt in unserer Auffassung bestärkt, daß die Angleichung der Begriffe nicht ohne weiteres als de lege ferenda zweckdienlich bezeichnet werden darf, und daß es auch bedenklich wäre, de lege lata eine solche Abhängigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung anzunehmen[54]).

52) aaO. S. 292; die Richtigkeit dieser Erkenntnis wird durch die noch zu schildernde Rechtsprechung des RG in ungeahntem Maße bestätigt werden.

53) vgl. darüber die folgenden Ausführungen. Es ist natürlich zwecklos, darüber zu streiten, ob eine parallele Entwicklung sich denken (!) lasse (wie Gmür aaO. S. 292 meint); entscheidend ist, wie die Entwicklung tatsächlich verlaufen ist, und das ergibt sich aus der Rechtsprechung und nur aus ihr.

54) Der letztere Gesichtspunkt ist zwar von Cordey nicht ausdrücklich betont worden. Es erscheint jedoch nicht zweifelhaft, daß die Berücksichtigung der teleologischen Betrachtungsweise sich auch für das jeweils geltende Recht auswirken muß; denn es wäre schwer einzusehen, weshalb die „Wünschbarkeit" der Begriffsübereinstimmung nur deshalb verneint werden soll, weil sie in Zukunft wegen der verschiedenen Entwicklung der Rechtsgebiete nach ihren besonderen Zwecken zu einem „Strick", also zu einer Begriffsfessel wird. Die künstliche Angleichung der Begriffe würde vielmehr bereits im Zeitpunkt ihrer Durchführung den Dingen Gewalt antun, eine derartige Auffassung also auch bei der Auslegung des geltenden Rechts gleich bedenklich sein.

4. In der Aussprache[55]) teilten sich die Meinungen ebenfalls i. S. der Leitsätze der beiden Berichterstatter und schwankten zwischen der Befürwortung einer abstrakt-formalen Vereinheitlichung der Begriffe und der Selbständigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale in Hinblick auf die verschiedene Zweckbestimmung beider Rechtsgebiete, ohne daß jedoch wesentlich neue Gesichtspunkte für oder gegen die Übereinstimmung der Begriffe aufgezeigt wurden. Von den Diskussionsrednern schloß sich insbesondere Reichel[56]) dem Standpunkt Cordeys an, indem er nochmals hervorhob, beide Rechtsgebiete sollten streng getrennt gehalten werden, jedes Recht müsse von den Begriffen ausgehen, die seiner Natur entsprächen. Im übrigen wurde auch von den Anhängern einer selbständigen und unabhängigen Begriffsbildung im Strafrecht zugegeben, daß — wenn erst einmal ihre Auffassung anerkannt sei — zur Vermeidung von Mißverständnissen allerdings versucht werden müsse, die Verschiedenheit der selbständigen strafrechtlichen Begriffe von den gleichlautenden des Zivilrechts möglichst auch durch eine besondere Bezeichnung zum Ausdruck zu bringen. Die Beratungen endeten, nachdem Hafter noch darauf hingewiesen hatte, daß „auch in Deutschland die Diskussion über die Frage der Konkordanz der Begriffe nicht sehr fruchtbar" gewesen sei[57]), damit, daß von der Annahme einer förmlichen Entschließung[58]) Abstand genommen und lediglich beschlossen wurde, die Verhandlungen dem Justizdepartement zur Kenntnis zu bringen.

Große Beachtung scheinen sie dann nicht gefunden zu haben; denn als Reichel im Jahre 1908 erneut „die zivilrechtlichen Begriffe im Strafrecht" untersucht[59]), gelangt er zu dem Ergebnis, daß — von einigen weniger wichtigen Ausnahmen abgesehen — die Identität der Begriffe im allgemeinen gewahrt sei. Gleichwohl hält er es für angebracht, im Einzelfall die Frage aufzuwerfen, „ob das StGB die dem Zivilrecht angehörenden Begriffe überall in einem genau diesem entsprechenden Sinn gebrauche"[60]); und nicht mit Unrecht sieht er in der — allerdings gesetzlich vorgesehenen — Ausdehnung des Sachbegriffs auf die Elektri-

55) aaO. S. 300 ff.

56) aaO. S. 303.

57) aaO. S. 303.

58) die sich ja auch nur über die „Wünschbarkeit" der Übereinstimmung hätte aussprechen können.

59) Zeitschrift für Schweizer Strafrecht Bd. 21 S. 371 ff., z. B. die Begriffe Minderjährigkeit, Verwandtschaft, juristische Person, Zivilstand, Ehe, elterliche und vormundschaftliche Gewalt, Sache, Besitz, Eigentum u. a. und zwar als Anregung bei der Ausarbeitung des Strafrechts diese Verhältnisse einer erneuten Prüfung zu unterziehen (S. 338).

60) aaO. S. 318; dies gelte z. B. auch für den Besitzbegriff, dessen zivilrechtliche Bedeutung im Strafrecht nicht verwertbar sei (S. 335). Zuweilen werde sogar der Ausdruck „Eigentum" weniger in seiner spezifisch zivilrechtlichen Bedeutung als im Sinne von „Vermögensgegenständen überhaupt" gebraucht. (S. 333).

zität einen Beweis dafür, daß „die von Menschen beherrschten Dinge für das Strafrecht in anderer Beziehung von Bedeutung sein können als für das Zivilrecht“[61]). Im Anschluß an Reichel stellt dann Thormann im Jahre 1919[62]) beim Vergleich des ZGB und der StGBEntwürfe fest, daß — allgemein betrachtet — das ZGB sich auch in terminologischer Hinsicht seine Selbständigkeit gewahrt habe, daß aber umgekehrt bei den Entwürfen des StGB eine bewußte Anlehnung an das ZGB nachweisbar und so die terminologische Übereinstimmung beider Gesetzestexte in der Hauptsache durchgeführt sei[63]).

Diese Art der Beweisführung bei Reichel und Thormann macht es sich allerdings recht leicht; denn im allgemeinen stützt sie die Annahme einer Identität der gleichlautenden Begriffe lediglich auf die Gleichheit ihrer äußeren Bezeichnung; insbesondere werden aus dem so oft betonten Grundsatz, zwar ständen sich Strafrecht und Zivilrecht im Rechtssystem unabhängig gegenüber, sodaß beide Gebiete ihre Begriffe nach den eigenen Bedürfnissen entwickeln könnten, wegen der dienenden, akzessorischen Natur des Strafrechts keine praktischen Folgerungen gezogen. Im Gegenteil, die Abhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von zivilrechtlichen Begriffen wird als selbstverständlich und unumgänglich stets dort ohne weiteres unterstellt, „wo es sich um den Schutz rein privater Interessen, z. B. von Eigentum, Vermögen, Besitz handelt“[64]). Durch nichts zeigt sich die Übertreibung des Rechtsgüterschutzgedankens und damit der Unterschied dieser Methode von der an Hand der Bestimmungen des EGBGB festgestellten Auffassung deutlicher als in der Behauptung, daß der zeitliche Vorrang der Kodifikation des Zivilrechts erforderlich sei, um bei der Ausgestaltung der strafrechtlichen Tatbestände keinen Zweifel über die dem Privatrecht angehörenden Rechtsschutzobjekte aufkommen zu lassen[65]). Im übrigen begnügt man sich, soweit gewisse Abwandlungen der strafrechtlichen Begriffsbildung gegenüber der zivilrechtlichen Terminologie sich nicht bestreiten lassen[66]), damit, diese

61) aaO. S. 330, so daß man selbst bei Ablehnung des zivilrechtlichen Sachbegriffs für die Elektrizität gleichwohl strafrechtlich zur Verurteilung wegen Diebstahls gelangen müsse. Die entgegengesetzte Rechtsprechung des RG sei in der Schweiz schon immer als ein „Stück juristischer Scholastik“ empfunden worden.

62) in der Festgabe für Huber S. 157 bis 202.

63) vgl. aaO. S. 167, 168, insbesondere S. 202: Der Zusammenhang zwischen der Zivil- und Strafrechtskodifikation könne im Ganzen als gewahrt angesehen werden, und zwar sei erstere im wesentlichen der gebende, letztere der empfangende Teil. Diese Erscheinung sei durch die systematische Stellung der beiden Materien begründet; die zeitliche Priorität des Zivilrechts habe sie noch verstärkt.

64) aaO. S. 165.

65) Es verdient festgehalten zu werden, daß in der deutschen Rechtsentwicklung und Rechtserneuerung gerade umgekehrt das Strafrecht stets vorangeschritten ist.

66) vgl. aaO. S. 183 hinsichtlich des Beginns der Persönlichkeit, der Abgrenzung zwischen Embryo und Mensch und S. 196 Note 2 und 3 hinsichtlich der

als besondere Ausnahmen hinzunehmen, ohne überhaupt auf den Gedanken zu kommen, daß es sich hierbei um beachtenswerte Ansätze einer allgemeinen Entwicklung, um eine grundsätzlich andere Betrachtungsweise handelt, und ohne zu prüfen, ob die im Einzelfall zugegebene sachliche Berechtigung dieser Ausnahme nicht zu einer allgemeinen Rechtfertigung einer an dem besonderen Sinn und Zweck der strafrechtlichen Vorschriften ausgerichteten spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildungs- und Auslegungsmethodik erweitert werden kann und muß. Diese Art der Beweisführung ist bezeichnend für die deduktive Methode, die wir in dieser Form schon früher beanstandet haben und deren verhängnisvolle Auswirkungen, insbesondere in Verbindung mit der Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts, wir jetzt näher untersuchen müssen.

C. Das Verhältnis der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale zu den gleichlautenden Begriffen des Zivilrechts nach der Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts.

1. Wir haben bereits mehrfach[1]) hervorgehoben, daß die rechtspolitisch bedingte Tendenz der allgemeinen Zivilisierung des öffentlichen Rechts, vor allem des Strafrechts, durch die grundfalsche Gleichsetzung der freudig begrüßten Rechtseinheit und der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe sehr gefördert wurde. Diese bedauerliche Verwechslung gab indeß nur den größeren Rahmen, den auf die Gedankengänge einer allgemeinen Rechtslehre abgestimmten und deshalb streng wissenschaftlich getarnten Hintergrund ab für die fortschreitende Bindung des Strafrechts an das zivilistische Rechtsdenken. Am meisten begünstigt wurde diese Entwicklung aber durch die Strafrechtswissenschaft selbst, nämlich durch die Ausbildung und alsbaldige Übertreibung der Lehre von der subsidiären Natur, dem akzessorischen Charakter des Strafrechts, die sich gerade bei der Beurteilung des begrifflichen Verhältnisses des StGB zum BGB verhängnisvoll auswirkte. Sie führte zunächst zu einer weitgehenden Abhängigkeit der in Betracht kommenden strafrechtlichen „Schutzobjekte“ von zivilrechtlichen Normen und Gedankengängen[2]): „Was Objekt des Strafrechtsschutzes sein soll, bestimmt zwar allein der Strafgesetzgeber, ob aber etwas Objekt des Strafrechtsschutzes ist, beurteilen wir nach der allgemeinen Lebenserfahrung oder auf Grund zivil- oder öffentlich-rechtlicher

Begriffe „Angehörige und Hausgenossen“, bei denen es sich um eine gerechtfertigte Verschiedenheit der Begriffsbildung handele. — Zur neueren Entwicklung, namentlich bei Hafter, vgl. oben S. 43 Note 25.

1) insbesondere bei der Erörterung der einzelnen Bestimmungen des EGBGB und ihrer Bedeutung für unsere Fragestellung; vgl. oben S. 37.

2) Die einzelnen zur Vorsicht mahnenden Bestimmungen des EGBGB werden nur selten noch erwähnt; allenfalls wird eine echte Verweisung i. S. des Art. 4 EG ohne weiteres als richtig unterstellt.

Überlegungen“[3]). Dieser Grundsatz, der sich in den verschiedensten Abwandlungen wie ein roter Faden durch das einschlägige Schrifttum hindurchzieht, umschließt die ganze Problematik unserer Fragestellung. Offensichtlich ist nur ein beschränkter Teil der scheinbar zivilrechtlichen Tatbestandsmerkmale dazu bestimmt, die strafrechtlichen Schutzobjekte zu umschreiben. Gleichwohl wurde die deshalb allenfalls in gewissem Umfang vertretbare Identität der entlehnten Begriffe — unter Hinweis auf die übereinstimmende Bezeichnung vieler Tatbestandsmerkmale — sehr bald und ohne Bedenken verallgemeinert. Die „Gemeinsamkeit der Rechtsbegriffe“ war die beliebteste und scheinbar schlüssigste Folgerung aus der akzessorischen Natur des Strafrechts. Umgekehrt erfuhr die positivistische Vorstellung von der Einheitlichkeit aller Rechtsbegriffe — die eigentlich doch nur ein Postulat war — gerade durch die Akzessorietätslehre eine praktisch wichtige und wirkungsvolle Bestätigung. Die Auffassung des Strafrechts als eines bloß akzessorischen Schutzrechts, das seine Schutzobjekte begrifflich unverändert außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten entlehne, wurde so zum Schrittmacher der Zivilisierung des gesamten strafrechtlichen Denkens und damit zum Werkzeug seiner Knebelung an strafrechtsfremde Begriffe und Gedankengänge. In der Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht feierte das formale „Rechtsgutdenken“ Triumphe und zeigte sich auch in dieser Beziehung als Lieblingskind des rechtsstaatlichen Liberalismus.

So kam es, daß die Frage nach dem Verhältnis der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale zu den gleichlautenden Begriffen des Zivilrechts meist überhaupt nicht als Problem empfunden und, wenn doch einmal aufgeworfen[4]), schnell und scheinbar wissenschaftlich wohl begründet, grundsätzlich i. S. einer Bindung des Strafrechts beantwortet wurde; und es ist zuzugeben, daß vom Standpunkt der Akzessorietätslehre aus diese Beweisführung an sich wenig zu beanstanden war. Umso sorgfältiger muß die Frage geprüft werden, ob der grundsätzliche Ausgangspunkt richtig und die hieraus für die strafrechtliche Begriffsbildung hergeleitete Folgerung zwingend ist[5]). An sich hätte die strenge Durchführung des Akzessorietätsdogmas zum mindesten auf der Seite der geschützten Rechtsobjekte zur Bejahung der Identität der Begriffe schlechthin führen müssen, aber selbst

3) so Schubert aaO. S. 18, 19.

4) meist an Hand der Rechtsprechung, die dem theoretischen Akzessorietätsgedanken niemals stark huldigte.

5) Über die sog. Relativität der Rechtsbegriffe, ihre teleologische Auslegung nach Sinn und Zweck vgl. unten S. 107 fg. Hierbei handelt es sich zweifellos um Gesichtspunkte, die innerhalb des Rechtsgutdenkens auftauchen und häufig ineinander übergreifen, die aber nicht unmittelbar mit der Akzessorietätslehre zusammenhängen; es erscheint deshalb zweckmäßig, sie in diesem Zusammenhang auseinanderzuhalten und getrennt zu behandeln, zumal unsere Stellungnahme zu ihnen nicht einheitlich ausfallen wird.

dies war nicht einmal überall der Fall. Von Anfang am mußten gewisse Abweichungen[6]) zugegeben werden, die zunächst jedoch als die Regel bestätigende Ausnahmen betrachtet wurden, obwohl sie in Wahrheit bemerkenswerte Anfänge einer den besonderen Zwecken des Strafrechts entsprechenden Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik und damit Beispiele für eine begriffliche Emanzipation des Strafrechts darstellten. Insbesondere bei denjenigen Tatbestandsmerkmalen, die nicht der Umschreibung des strafrechtlichen Schutzobjekts i. e. S. dienen, sondern — allgemein gesehen — den kriminellen Gehalt der Handlung, ihre Modalitäten kennzeichnen sollen, machte sich das Bedürfnis nach einer begrifflichen Verselbständigung immer stärker bemerkbar und ließ die Unzulänglichkeit des zivilistischen Denkens im Strafrecht deutlich erkennen.

Es erscheint deshalb zweckmäßig, die Entwicklung unserer Problemstellung unter dem Gesichtspunkt zu verfolgen, inwieweit es zunächst der Strafrechtswissenschaft gelungen ist, die aus der Akzessorietätslehre hergeleitete Bindung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale an zivilrechtliche Begriffe allmählich einzuschränken und ihre Überwindung vorzubereiten[7]). In diesem Zusammenhang interessieren vorerst lediglich grundsätzliche Erwägungen[8]), die im Schrifttum allerdings selten und meist nur beiläufig angestellt worden und durchweg bald in Vergessenheit geraten sind[9]). Sie tauchen überwiegend nur im Zusammenhang mit anderen Untersuchungen[10]) auf, und zwar in der Form, daß die jeweilige Vorfrage nach der Natur des Strafrechts ohne nähere Prüfung grundsätzlich i. S. der Akzessorietätslehre beantwortet, dann aber die Notwendigkeit einer Abweichung von dieser Regel i. S. einer Loslösung des Strafrechts von zivilrechtlichen Gedankengängen in dem erörterten Einzelfall umso

6) Einzelne, z. B. hinsichtlich der Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft, haben wir bereits anläßlich der Erörterungen zu Art. 33 EG erwähnt (vgl. auch die mehrfach vorkommenden selbständigen Begriffsbestimmungen des StGB „im Sinne dieses Gesetzes“). Schon diese Erkenntnis hätte zur Vorsicht mahnen sollen, wurde aber wenig beachtet.

7) Damit ist nicht gesagt, daß das begriffliche Verhältnis beider Rechtsgebiete überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt der Anerkennung oder Ablehnung der Akzessorietätslehre behandelt werden kann.

8) Die ausführliche Darstellung der Einzelheiten erfolgt später an Hand der Rechtsprechung, die den wesentlichsten Beitrag zur Klärung der Frage geleistet hat.

9) Da bis zum Jahre 1933 das Rechtsgutdenken i. w. S. fast unbestritten geherrscht hat, ist es erklärlich, daß sich nur ganz wenige Arbeiten mit dem grundsätzlichen Problem der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts beschäftigt haben. Erst in neuester Zeit ist durch den Kampf gegen die ausschließliche Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung auch der Grundpfeiler der Akzessorietätslehre erschüttert worden. Bereits vorher aber hätten die Vorstöße der Rechtsprechung hinreichenden Anlaß geben müssen, die Frage der begrifflichen Bindung des Strafrechts, die meist nur vom Standpunkt der wirtschaftlichen Betrachtungsweise erörtert wurde, in grundsätzlicher Hinsicht erneut aufzugreifen.

10) die sich mit der Inhaltsbestimmung strafrechtlicher Begriffe beschäftigen.

stärker betont wird. Aber gerade deshalb dürfen diese Gesichtspunkte nicht unberücksichtigt bleiben; gerade weil es bisher nicht geschehen ist, erscheint es notwendig zu untersuchen, wie sich aus diesen zunächst auf bestimmte Sonderfragen zugeschnittenen Abhandlungen allmählich grundsätzliche Erkenntnisse herausbilden und immer mehr durchsetzen, die mit der Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts unvereinbar sind. Es ist sehr lehrreich zu verfolgen, wie langsam die rein rechtliche, d. h. in erster Linie zivilrechtliche Betrachtungsweise — sei es durch die Betonung der „realistischeren Natur" des Strafrechts oder des natürlichen Sprachgebrauchs, durch die Hervorhebung wirtschaftlicher Erwägungen oder anderer der Wirklichkeit, nicht der Paragraphenwelt entnommener Gesichtspunkte — zurückgedrängt und immer mehr durch eine andere, zunächst „tatsächliche", dann aber spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise ersetzt wird.

2. Die Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts führt bekanntlich im wesentlichen[11]) auf Binding zurück[12]), der sie jedenfalls vertieft und besonders betont hat:

> *„Als Teil des Schutzrechts ist das Strafrecht ohne Zuziehung der Normen unverständlich. Das ganze Schutzrecht ist ja nur ein akzessorischer Rechtsteil. Die Rechtsgüter und Rechte, zu deren Schutz Normen und Strafgesetze bestimmt sind, liegen auf allen Rechtsgebieten zerstreut. So steuern diese alle ihren Beitrag zur Bildung der Delikts- und Verbrechensbegriffe, und alle Merkmale der Verbrechenstatbestände, die dem Privatrecht oder dem Staatsrecht, dem Völkerrecht oder dem Prozesse angehören, bilden ebenso viele Brücken zwischen dem Strafrecht und diesen Rechtsteilen."*[13])

Gleichwohl muß von Anfang an daran erinnert werden, daß Binding sich andererseits frühzeitig für eine teleologische Auslegung der Strafgesetze eingesetzt und damit vor einer Übertreibung des Gesichtspunktes der begrifflichen Akzessorietät gehütet hat, ohne allerdings einen einheitlichen Standpunkt zu dieser Frage einzunehmen. Wiederholt gelangt er, wie gegenüber Grünhut[14]) hervorzuheben ist, unter Betonung der „realistischeren Natur" des Strafrechts zu einer Loslösung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale von den gleichlautenden Begriffen des Zivilrechts; zuweilen warnt er ausdrücklich davor, die „zivilistische Analogie ins Extrem zu treiben", und die von ihm ausgehende Ablehnung der Lehre Merkels von der strengen Subsidiarität des Strafzwangs gegenüber dem Zivilzwang ist immerhin ein erster wesentlicher Schritt auf dem Weg zur Unabhängigkeit des Strafrechts. Auch bei der Auslegung des Begriffs „Bevollmächtigter" begnügt Binding sich nicht mit der früher ebenso beliebten wie bedenklichen Verweisung auf das Zivilrecht, sondern er greift auf publizistische Vorstellungen zurück. Ähnlich bezeichnet er es als einen schweren methodischen Fehler, aus dem zivilrechtlichen Vermögensbegriff deduktiv Eigenschaften der einzelnen sog. Vermögensdelikte abzuleiten, da für deren Gruppierung der zivilistische Gesichtspunkt der angegriffenen Rechte weit weniger den Ausschlag gebe als der kriminelle der Begehungsweise. Umso stärker aber kämpft er für die Bewahrung des Strafrechts vor dem „Modejoch" wirtschaftlicher Erwägungen, insbesondere um die Anerkennung eines streng „juristischen" Vermögensbegriffs[15]).

Die Einwendungen gegen die Lehre Bindings sind bekannt und brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Wohl aber ist es nötig darauf hinzuweisen, daß sowohl Wach[16]) wie auch Frank[17]) trotz der grundsätzlichen Bedenken gegen die Normentheorie[18]) ausdrücklich zugeben, daß Rechtsinstitute aus anderen Gebieten als Schutzobjekte des Strafrechts in Betracht kommen, also begrifflich unverändert entlehnt werden und daß oft die Existenz eines subjektiven Privatrechts die Voraussetzung des strafrechtlichen Schutzes bildet. Praktisch führt dies zur Anerkennung, ja zur besonderen Betonung der Lehre von der Akzessorietät des Strafrechts auf dem Gebiet der Vermögensdelikte[19]); und schon daraus folgt andererseits, daß wir diese Einwendungen gegen die Lehre Bindings nicht weiter für die Lösung unserer Frage verwerten können[20]). Denn darüber,

---

11) wenn wir von den Arbeiten Merkels absehen.

12) obwohl nach H. Mayer (Untreue S. 119) die Normentheorie ihn am wenigsten hierzu genötigt hätte.

13) Handbuch S. 9; vgl. auch Lehrbuch S. 5: „Das Strafrecht ist Schutzrecht; seine Rechtssätze schließen sich zur Einheit zusammen unter dem Gesichtspunkt einheitlichen Schutzes für bestimmte rechtliche Existenzen".

14) Frank-Festgabe S. 11: „Diese Hypertrophie einer ausschließlich an der formalen Normbedeutung orientierten Arbeitsweise (Bindings) führt zu einer juristischen Begriffsmetaphysik, indem sie als Ersatz für die unentbehrlichen soziologischen Faktoren den Elementen der Normenordnung selbst eine reale Bedeutung zuweist."

15) vgl. Lehrbuch S. 37, 238, Note 2, 243, 276, 340, 379, 382 Note 4, 354 Note 4, 398, 832; insbes. S. 240: „Juristisch bestimmen sich die Begriffe Vorteil und Schaden ganz anders als wirtschaftlich".

16) GS 25, 440 ff.

17) 3./4. Auflage 1903 S. 9 ff.

18) vgl. Wach aaO.: „Das Strafrecht findet die Rechtsordnung als den Komplex der die Willensbetätigung normierenden Rechtssätze nicht fertig vor, sondern vollendet sie und bildet ein wesentliches Stück derselben. Der Staat erklärt manches Gut und Interesse erst dadurch für ein ‚Rechtsgut', daß er es unter Strafe stellt."

19) vgl. die Schilderung bei H. Mayer (Untreue) S. 117 bis 120; ferner Gerland S. 561. Der Begriff der „Vermögensverbrechen" muß nach Kohlrausch (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. VIII S. 739 ff.) in weitestem Sinn verstanden werden. Er umfaßt danach „nicht nur Straftaten, die den Begriff des Vermögens ausdrücklich erwähnen, sondern auch solche, die auf Verletzung von ‚Rechten' abgestellt sind, die man als Vermögensrechte zu bezeichnen pflegt. (z. B. Eigentums-, Aneignungs-, Gläubigerrechte)."

20) Das beweist deutlich Frank, der trotz der Bedenken gegen die Rechtsgüterschutzfunktion des Strafrechts, trotz Ablehnung des Begriffs „Rechtsgut" be-

daß es verfehlt ist, ein zivilistisches Recht auf Leben, Ehre usw. anzunehmen, braucht heute kein Wort mehr verloren zu werden[21]). Durch diese selbstverständliche Einschränkung scheint uns aber das grundsätzliche Problem der Akzessorietät des Strafrechts nicht gelöst, sondern lediglich in eine Maßfrage umgewandelt zu sein. Denn der Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes als solcher wird aufrechterhalten und die begriffliche Abhängigkeit des Strafrechts nur hinsichtlich der natürlichen, der juristisch nicht vorgeformten Rechtsgüter verneint[20]), während ihre eigentliche Problematik doch gerade erst bei denjenigen Begriffen in Erscheinung tritt, die nicht von Natur gegeben, sondern erst durch die Rechtsordnung geschaffen worden sind.

In Wahrheit wird das Dogma von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts für alle diejenigen Begriffe aufrechterhalten, die mit gleichlautender Bezeichnung in anderen Rechtsgebieten verwendet werden und nach herrschender Meinung deshalb (!) von dort nur entlehnt sein können, d. h. praktisch für alle Fälle, mit denen wir uns hier zu beschäftigen haben. Deshalb ist es auch keine Übertreibung, wenn Lobe noch im Jahre 1930 die Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts in diesem Sinn schlechthin als „allgemeine Meinung" bezeichnet[22]). Schon mit der üblichen Aufrechterhaltung dieser Lehre für das Gebiet der Vermögensdelikte ist die Vorherrschaft des zivilistischen Denkens grundsätzlich für das Strafrecht gesichert. Denn die aus der Akzessorietät hergeleitete „Gemeinsamkeit der Rechtsbegriffe"[23]) wird

sonders stark an der begrifflichen Bindung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale an das Zivilrecht festgehalten hat. Es ist nötig, dies besonders zu betonen, weil sogar die neueste Kritik des Rechtsgutdenkens nach dieser ungefährlichen Richtung hin abgebogen zu werden droht. Der Begriff des Rechtsguts erweist sich nämlich nicht nur — wie z. B. Boldt ZStrW 56, 208 meint — deshalb als irreführend, weil die Volksgüter wie Sittlichkeit, Religion, Volkskraft, Brauchtum nicht erst in die Sphäre des Juristischen gehoben zu sein brauchen, um als schutzwürdige Werte zu erscheinen, sondern er ist vor allem deshalb gefährlich, weil er gerade bei dem strafrechtlichen Schutz vermögensrechtlicher Interessen die Bindung an strafrechtsfremde Erwägungen anderer Rechtsgebiete aufrechterhält. Vornehmlich an diesem Punkt muß die Kritik des Rechtsgutsbegriffs eingesetzt und berücksichtigt werden.

21) vgl. H. Mayer (Untreue) S. 119 Note 84.

22) Frank-Festgabe S. 35 mit Schrifttum; weitere Angaben bei H. Mayer (Untreue) S. 119 und Brauweiler S. 181. — Nur insofern ist Lobe ein Irrtum unterlaufen, als er H. Mayer fälschlich zu den Anhängern dieser Lehre rechnet. Die angezogenen Belegstellen bei H. Mayer (S. 27, 49) stellen gerade nicht dessen persönliche Meinung dar. In Wahrheit ist H. Mayer der Erste und Einzige, der sich mehrfach aus grundsätzlichen Erwägungen dieser „Irrlehre" entgegengestellt hat, und zwar gerade hinsichtlich der spezifischen Rechtsbegriffe.

23) vgl. z. B. Dahlem, S. 9, 10: „Lediglich die Folge dieser Eigenschaft (nämlich der sekundären Natur) ist es, daß das Strafrecht bei seinem Aufbau einen großen Teil von Begriffen, die es verwertet, sich nicht selbst schafft, sondern anderen Rechtsgebieten — insoweit das geschützte Rechtsgut ein solches des Zivilrechts ist — dem Zivilrecht entlehnt". Ebenso die Protokolle zum BGB VI S. 215.

durchweg bedenkenlos für sämtliche im BGB geregelten oder der zivilrechtlichen Dogmatik entnommenen Begriffe verallgemeinert, obwohl es sich hierbei nur zum Teil um solche vermögensrechtlicher Natur handelt[24]). Im Ergebnis ist damit das rechtsstaatliche Postulat der Einheitlichkeit aller Rechtsbegriffe aufrechterhalten und dem zivilistischen Rechtsdenken im Strafrecht nach wie vor der Weg geebnet.

3. Versuchen wir nun, uns ein Bild zu machen von den Bemühungen, die begriffliche Abhängigkeit der Strafrechts zu überwinden, so müssen wir mit der bereits erwähnten Schrift von Lobe beginnen[25]), die sich erstmalig mit dem Verhältnis der gleichlautenden Begriffe in beiden Rechtsgebieten beschäftigt, dabei die Vorschriften des EGBGB berücksichtigt und so die Frage der Verweisung des Strafgesetzes auf das allgemeine bürgerliche Recht mit der Akzessorietätslehre verkoppelt. Ausgangspunkt für die entscheidende Frage, ob eine echte Verweisung i. S. des Art. 4 EG vorliegt, ist die Erwägung, daß das Strafrecht durch die Objekte, auf die es sich bezieht, in engem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehe, da bei zahlreichen Delikten die der Privatrechtsordnung angehörenden Güter oder subjektiven Rechte als strafrechtlich geschützte Rechtsgüter anzusehen seien. Um den Umfang des zivilrechtlichen Einflusses bestimmen zu können, sei es notwendig, „sich über das Wesen des Strafrechts als eines akzessorischen Schutzrechts klar zu werden" und „das Objekt des Strafrechtsschutzes" bei jedem einzelnen Delikt genau festzustellen[26]):

> *„Ist nun das strafrechtlich geschützte Objekt ein subjektives Privatrecht[27]) oder ein Verhältnis oder ein Zustand, der nur für die Privatrechtsordnung Bedeutung hat und ihrer ausschließlichen Regelung untersteht,[28]) so wird naturgemäß Inhalt und Umfang jenes Schutzobjekts und der seine Gefährdung und Verletzung verbietenden Normen durch die Privatrechtsordnung bestimmt. Denn eben um seiner Eigenschaft willen als ein dem Privatrecht unterfallendes Objekt und wegen seiner der Privatrechtsordnung angehörenden Beziehungen besteht ja der strafrechtliche Schutz. Nur weil*

24) Ein besonders starkes Bekenntnis zur Akzessorietät findet sich bei Beling (Methodik der Gesetzgebung 1922, S. 30): „Die übrigen Rechtsteile liegen als logisches Prius derart vor dem Strafrecht, daß . . . es sich lediglich auf die Strafbarkeit als seinen Regelungsgegenstand beschränkt . . ., daß es verglichen mit den übrigen Rechtsteilen, lediglich ‚droit sanctionateur', nicht ‚droit déterminateur', daß es akzessorisch, nicht systematisch prinzipal ist und seinen Sinn verliert, wenn man sich jene übrigen Rechtsteile hinwegdenkt."

25) Aus dem Jahre 1898. Die zeitlich frühere Abhandlung von Liszts „Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht" enthält darüber nichts wesentliches.

26) vgl. Lobe S. 7 ff., insbes. S. 13, 14 ff.

27) „sei es obligatorischer Natur, wie etwa der Heuervertrag, das Recht auf gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners, sei es dinglicher Natur, wie das Eigentum, das Pfandrecht".

28) wie z. B. die elterliche, die vormundschaftliche Gewalt.

es ein Institut der Privatrechtsordnung ist (!), gewinnt es für den Inhaber der Schutzgewalt den Wert, daß er ihm seinen Strafrechtsschutz zukommen läßt.“

Deutlicher kann die akzessorische Natur des Strafrechts und seine begriffliche Abhängigkeit vom Zivilrecht wohl nicht betont werden. Zwar will Lobe die endgültige Entscheidung, ob diese Voraussetzungen gegeben sind oder ob das Strafgesetz i. S. der Motive zum EGBGB einen Begriff mit selbständigem Inhalt einzuführen beabsichtigt hat, durchaus zutreffend von der abschließenden Beurteilung des einzelnen Tatbestandes abhängig machen; gleichwohl läßt er keinen Zweifel darüber, daß er in weitem Umfang eine begriffliche Abhängigkeit strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale als Folge der Akzessorietät annimmt. Bemerkenswert ist jedoch die richtige Erkenntnis, daß die Verwendung des gleichen Ausdrucks an und für sich noch keineswegs auf die sachliche Identität der Begriffe schließen lasse. Denn es gebe „Gegenstände sowie natürliche Verhältnisse und Zustände, an die sowohl die Privatrechtsordnung als die öffentliche Rechtsordnung jede ihre besonderen Beziehungen und Rechtsfolgen anknüpfen, zum Gegenstand ihrer besonderen Rechtsvorschriften machen“. In diesen Fällen dürfe aus der Gleichheit des „gemeinsamen, oft dem gewöhnlichen Leben entnommenen Ausdrucks“ nicht die Abhängigkeit des Strafrechts von zivilrechtlichen Begriffen gefolgert werden[29]). Als Beispiel einer derartig „selbständigen“ strafrechtlichen Begriffsbildung führt Lobe den Begriff der „Sache“ an, mit dem das Strafrecht nicht ein der Privatrechtsordnung unterstehendes Schutzobjekt bezeichnen wolle, sondern den es in einem besonderen Sinn verwende. Ebenso sei für die strafrechtliche Bedeutung des „Besitzes“ die Regelung des BGB ohne Einfluß, sondern der natürliche Sprachgebrauch entscheidend[30]).

Weitere grundsätzliche Unterscheidungsmerkmale zur Lösung der Vorfrage werden von Lobe nicht aufgestellt. Hinsichtlich des strafrechtlichen Sachbegriffs verweist er lediglich darauf, daß der Geltungsbereich des § 90 BGB ausdrücklich auf dieses Gesetz beschränkt sei. Bei den „scheinbar zivilrechtlich-technischen“ Ausdrücken „kaufen-verkaufen“ i. S. der §§ 109, 184, 259 StGB ergebe sich bereits aus dem Zusammenhang der Strafbestimmungen, daß diese Tatbestandsmerkmale nicht im strengen Sinn des bürgerlichen Rechts ausgelegt werden dürften; und die Inhaltsabweichungen familienrechtlicher Begriffe, insbesondere der Verwandtschaft und Schwägerschaft, werden durch die bereits geschilderte Auslegung des Art. 33 EG gerechtfertigt[31]). Lassen sich somit konkretere allgemeingültige Gesichtspunkte für die Frage der Bindung oder Unabhängigkeit des Strafrechts aus dieser mehr oder weniger zufälligen Zusammenstellung einzelner vom Zivilrecht abweichender Begriffe nicht entnehmen, so

29) aaO. S. 15.
30) aaO. S. 16 ausführlich.
31) aaO. 31, 32.

zeigen doch die Ausführungen Lobes im allgemeinen durchaus Verständnis für die Grenzen der begrifflichen Bindung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale und für die Gefahren einseitiger Übertreibung und Verallgemeinerung des Grundsatzes der begrifflichen Akzessorietät, so daß sie — jedenfalls im Vergleich mit späteren, ebenfalls von der akzessorischen Natur des Strafrechts ausgehenden Erörterungen des Schrifttums — als maßvoll bezeichnet werden dürfen[32]). In der Folgezeit scheint sich nämlich seine Vorhersage bewahrheitet zu haben, es sei denkbar, daß wir die Welt „überhaupt nur noch durch die gefärbte Brille der Paragraphen des BGB erblicken und im übrigen farbenblind würden, so daß uns die rechtliche Auffassung des BGB durchweg als die natürliche, den wirklichen Zuständen entsprechende Beurteilung erschiene“[33]). Die wichtigen Hinweise der Motive zum EGBGB, insbesondere die richtungweisende Bedeutung des Art. 33 EG geraten immer mehr in Vergessenheit; desto stärker wird die allgemeine begriffliche Abhängigkeit des Strafrechts infolge seines akzessorischen Charakters betont. Nicht einmal die bereits erwähnten, früh schon als notwendig anerkannten Einschränkungen i. S. einer spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung finden Beachtung. So meint Dahlem[34]), es lasse sich allgemein sagen, daß in allen Fragen, in denen Objekt des Strafrechtsschutzes ein zivilrechtliches Rechtsgut sei, eine Abhängigkeit des Strafrechts vom bürgerlichen Recht bestehe. Dieser „nachhaltige, seinem Umfang nach nur schwer feststellbare Einfluß“ beschränke sich auch nicht auf die Vermögensdelikte, sondern auch für die Auslegung der Begriffe „Ehe, Verwandtschaft, Schwägerschaft, Vormund, Mündel“ seien die Bestimmungen des BGB maßgebend. Dieselbe Ansicht hält unbegreiflicherweise Schubert noch im Jahre 1928 aufrecht, indem er zwar Art. 4 EGBGB heranzieht, aber durchweg bei gleichlautenden Tatbestandsmerkmalen von einer echten Verweisung des Strafgesetzes und damit einer Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht ausgeht[35]). Da sich die grundsätzliche Kritik der Akzessorietätslehre aus den folgenden Erörterungen ergeben wird, genügt es in diesem Zusammenhang lediglich daran zu erinnern, daß die Abhängigkeit der Begriffe „Verwandtschaft und Schwägerschaft“ offensichtlich falsch und nur durch die Außerachtlassung der Anhaltspunkte des EGBGB zu erklären ist. In der Tat bedeutet diese Entwicklung einen merklichen Rückschritt gegenüber den Ausführungen Lobes, der nicht allein durch oberflächliche Bearbeitung im Einzelfall zu erklären[36]), sondern schlechthin für die allgemeine Meinung und übliche Arbeitsmethode kennzeichnend ist.

32) Auf den Gesichtspunkt des natürlichen Sprachgebrauchs werden wir noch wiederholt zurückkommen müssen.
33) S. 25.
34) S. 11.
35) S. 18, 19.
36) Das einschlägige Schrifttum wird auch nicht annähernd vollständig berücksichtigt, noch weniger die Rechtsprechung des RG.

4. Die Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts wird zunächst durchaus als unumstößliches Dogma angesehen und entweder bedenkenlos als notwendig und richtig unterstellt oder — als Zugeständnis an die allgemeine Meinung — wenigstens grundsätzlich anerkannt. Die ersten Einschränkungen dieses Prinzips können nur vorsichtig für besonders gelagerte Ausnahmefälle durchgesetzt werden, obwohl es sich dabei um Fragen handelt, bei denen die Unzulässigkeit der Übertragung zivilistischer Erwägungen bei rückblickender Betrachtung mit Händen zu greifen ist. Gerade diese Beispiele, die schon nicht mehr als zweifelhafte Grenzfälle bezeichnet werden können, lassen erkennen, wie stark das allgemeine Rechtsdenken in zivilistischen Gedankengängen befangen und von juristisch-technischen Konstruktionen abhängig war.

Das beweisen am besten die Erörterungen über die Frage der Rückwirkung im Strafrecht, die keineswegs — wie man heute meinen möchte — indiskutabel, sondern häufig sogar von anerkannten Schriftstellern, wie z. B. von Zitelmann[37]), bejaht worden ist. Selbst hier hat die Emanzipation des Strafrechts, deren Notwendigkeit eigentlich nicht bestritten werden konnte, der Strafrechtswissenschaft große Schwierigkeiten bereitet, und sie ist schließlich — man möchte fast sagen — auch nur mit Gewalt erreicht worden, obwohl eigentlich die Zivilrechtler erst einmal den unmöglichen Nachweis hätten führen müssen, daß eine derartige juristische Fiktion überhaupt auf dem Gebiet des Strafrechts verwendbar sei. Wie schwer der Weg gewesen ist, zeigen sehr deutlich die Ausführungen von Müller[38]), der trotz ausgesprochen zivilistischer Grundeinstellung[39]) die strafrechtliche Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung der Ehe mit der Begründung verneint, die Erreichung strafrechtlicher Zwecke dürfe „von zivilrechtlichen Regeln da nicht abhängig gemacht werden, wo letztere sich als Hemmschuh erweisen" würden. Der im Interesse der Allgemeinheit erstrebte Zweck des Strafrechts gehe juristischen Konstruktionen vor, und der Strafrichter könne an zivilrechtliche Gedankengänge dort nicht gebunden sein, wo deren Einhaltung die Erreichung des öffentlichen Zwecks verhindere. Wenn es sich „um den Schutz oder auch nur um die Berücksichtigung eines sozial bedeutungsvollen Verhältnisses" handele, sei die Beachtung dieses „tatsächlichen" Verhältnisses für den Strafrichter vordringlicher als dessen zivilistische Beurteilung[40]). Auch

37) ArchZivPrax 97, 122 hinsichtlich der Genehmigung: „Ein Bedenken gegen diese Abhängigkeit der strafrechtlichen Entscheidung vermag ich nicht einzusehen". Ebenso auch Schroeder S. 379, neuerdings sogar Rittau vgl. unten S. 281, 285.

38) Blätter f. Rechtsanwendung 71, 541.

39) Daß er fälschlicherweise sogar von einer Abhängigkeit des Strafrechts hinsichtlich des Begriffs Verwandtschaft und Schwägerschaft ausgeht, ist bereits hervorgehoben worden.

40) aaO. S. 543, 544. Die Notwendigkeit, hier die „tatsächlichen Verhältnisse" zu berücksichtigen, wird u. a. mit dem Hinweis auf die §§ 22, Nr. 2, 3, 51 Nr. 2, 3, 57, 76, 95 und 97 StPO begründet.

Schubert, der viele Jahre später die Frage der Rückwirkung nochmals ausführlich untersucht und dabei mit Recht ihren Fiktionscharakter betont, kann im Grunde nur diese Erkenntnis bestätigen, und kommt ebenfalls über eine ähnlich vage Fassung nicht hinaus[41]). Dieses Ergebnis, das „leichter unter Heranziehung allgemeiner strafrechtlicher Gedanken als auf Grund konstruktiver Erwägungen gewonnen" wurde, ist umso höher zu bewerten, als Schubert vorher mit Nachdruck betont[42]), wenn ein bürgerlich-rechtliches Institut wie Ehe, Eigentum usw., also ein Kunstgebilde des Rechts, „dessen Existenz vom Bestehen irgendwelcher tatsächlichen Verhältnisse vollkommen unabhängig (?) ist", strafrechtliches Schutzobjekt sei, so könne es auch im Rahmen des Strafrechts nur zivilrechtlich beurteilt werden, „falls nicht ausschlaggebende strafrechtliche Gesichtspunkte dagegen sprechen"[43]). Schon die Tatsache, daß die Frage der Rückwirkung im Strafrecht mehrfach erörtert und sogar verschieden beurteilt worden ist, läßt erkennen, wie sehr zivilrechtliche Konstruktionen und Fiktionen als Wirklichkeiten angesehen wurden, obwohl sie nur auf ihrem Heimatgebiet Geltung beanspruchen durften. Unter diesen Umständen stellt die Erkenntnis, daß das Strafrecht dann nicht mehr an zivilrechtliche Erwägungen gebunden sei, wenn diese sich als Hemmschuh auswirken, einen beachtlichen Fortschritt dar, der gegen eine damals übermächtige zivilistische Doktrin erkämpft werden mußte. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß das Ergebnis in eine zu weitgehende Formulierung gekleidet wurde und nicht allgemein, sondern nur in diesem besonderen Fall gelten sollte; aber gerade diese Tatsache gibt Anlaß zu prüfen, ob es nicht doch in erweitertem Umfang Anerkennung beanspruchen darf.

Handelte es sich bei der Frage der Rückwirkung um einen Sonderfall, für dessen zivilistische Betrachtung im Strafrecht eigentlich kein Raum hätte sein dürfen, so erfolgte eine wichtigere Einschränkung des Prinzips der begrifflichen Akzessorietät in den Erörterungen über die strafrechtliche Natur des Besitzes, der zuweilen unter der besonderen, spezifisch strafrechtlichen Bezeichnung „Gewahrsam" verwendet wird[44]) und schon deshalb als Beispiel für eine begriffliche Verselbständigung des Strafrechts sehr geeignet ist. Die Unübertragbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften über den Besitz auf das Strafrecht wurde schon früh erkannt, und um diesen wichtigen Gegenpol gegen die Vorherrschaft des zivilrechtlichen Denkens begannen sich gar bald die nicht allzu zahlreichen Anhänger der Eman-

41) aaO. S. 26.

42) aaO. S. 22 ff. Die Polemik gegen Müller rennt offene Türen ein, denn daß die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse nicht bis zur Gleichsetzung der wilden Ehe und der Ehe im Rechtssinne gesteigert werden darf, ist nach den Ausführungen Müllers selbstverständlich.

43) Die tatsächliche Beurteilung eines Rechtsinstituts sei unmöglich.

44) Aber keineswegs immer; vgl. die Übersicht über die Verwendung des Besitzbegriffs vor allem in den strafrechtlichen Nebengesetzen bei Lobe S. 19 bis 24.

zipation des Strafrechts zu sammeln. Bereits Lobe[45]) hatte unter Betonung der Entstehungsgeschichte ausführlich dargelegt, daß der strafrechtliche Begriff des Besitzes ein Ausdruck des gewöhnlichen Lebens sei, nicht im juristisch-technischen, d. h. im zivilrechtlichen Sinn verstanden werden dürfe und deshalb auch vom BGB nicht beeinflußt werde. Sodann hatte Binding diesen Gedankengang durch den Hinweis auf die „realistischere Natur des Strafrechts"[46]) tatkräftig unterstützt, und Micelli[47]) bezeichnete demgemäß Besitz im zivilrechtlichen Sinn und Gewahrsam als zwei „grundverschiedene Bgriffe, die bei einer rein äußerlichen Identität ihrem inneren Wesen nach einander diametral gegenüberstehen". Er gibt zwar „ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis" des Strafrechts vom Zivilrecht zu, hebt aber alsbald hervor, „es wäre zu weit gegangen, wollte man diesen Einfluß generalisieren, d. h. wollte man einem Begriff des Strafrechts, der zufällig an sich (d. h. seiner Bezeichnung nach) auch dem bürgerlichen Recht angehört, deshalb immer und unter allen Umständen die zivilrechtliche Bedeutung und den privatrechtlichen Sinn unterschieben". Auch Dahlem verneint insoweit die „begriffliche Gefolgschaft" des Strafrechts[48]), die in der sekundären Natur ihre Wurzel habe, und begrüßt es, daß das Strafrecht sich hier einer eigenen Bezeichnung bediene, einen „selbständigen" Begriff geschaffen habe, der lediglich aus dem Strafgesetz selbst zu entwickeln sei. Diese Auffassung darf unter Hinweis auf die späteren Ausführungen von Lobe[49]) heute als fast allgemein anerkannt bezeichnet werden. Aber es ist kennzeichnend für die Schwierigkeiten, die auch hier zu überwinden waren, daß noch Redslob[50]) die Abhängigkeit des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs vom bürgerlichrechtlichen Besitz u. a. mit dem Hinweis zu verteidigen versucht hatte, dies Ergebnis habe den Vorteil bedeutender Vereinfachung für sich. Das Strafrecht könne sich die Ergebnisse der zivilistischen Besitztheorie zu eigen machen und habe damit alle Kontroversen auf seinem eigenen Boden hinweggeräumt (!)[51]).

45) aaO. im Anschluß an die Rechtsprechung; vgl. auch von Bülow GA 45, 321 ff.

46) Lehrbuch I S. 243.

47) der die Ergebnisse Lobes und Bindings übernimmt und die Loslösung des Strafrechts mit gesetzesgeschichtlichen und rechtspolitischen Erwägungen rechtfertigt. (S. 36, 44 ff.)

48) aaO. S. 13 ff.; hier sei das Strafrecht „wider Erwarten" nicht vom Zivilrecht beeinflußt.

49) Frank-Festgabe S. 39 ff. mit ausführlichem Schrifttum.

50) ZStrW 30, 207.

51) Ergänzend mag bereits hier hervorgehoben werden, daß noch neuerdings v. Hippel (Lehrbuch S. 237 ff.) einen selbständigen „spezifisch strafrechtlichen" Begriff des Gewahrsams ablehnt und im wesentlichen den bürgerlich-rechtlichen Besitz als das Schutzobjekt des Strafrechts bezeichnet; gegen ihn mit Recht H. Mayer GS 104, 106 Note 12. Näheres hierüber unten S. 202 fg.

So sehr diese Ausnahmen von der begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht auch zu begrüßen sind, weil sie der schrankenlosen Anerkennung des Akzessorietätsdogmas und damit der Übertragung zivilrechtlicher Gedankengänge auf das Strafrecht erstmalig Grenzen setzten, so wenig waren sie — wegen ihrer besonderen Eigenart[52]) — andererseits geeignet, die grundsätzliche Anerkennung dieser Lehre ernsthaft zu gefährden oder wesentlich einzuschränken. Der Kampf gegen die Akzessorietätslehre mußte vielmehr auf breiterer Grundlage durchgeführt werden, wenn greifbare Erfolge erzielt werden sollten. Zu diesem Zweck bedarf es zunächst einer Sammlung aller derjenigen Stimmen, die sich früher — durchweg vereinzelt und deshalb vergeblich — dem übermächtigen Druck des zivilistischen Denkens entgegengestellt haben, aber kaum beachtet oder jedenfalls schnell vergessen worden sind.

5. In diesem Zusammenhang ist vorerst Zitelmann zu erwähnen, der die Lehre von der strafgesetzlichen Verweisung i. S. des Art. 4 EG einer einschränkenden Nachprüfung unterzog[53]), sich dabei vor allem gegen die verbreitete „Argumentation aus der Natur der verletzten Interessen"[54]) wandte und damit, wenn auch unter anderen Gesichtspunkten, die weite Ausdehnung der begrifflichen Akzessorietät bekämpfte. Das Abstellen auf den strafrechtlichen Schutz „ziviler Rechtsgüter" sei zwar ein auf den ersten Blick bestechender Gedankengang, der aber nur in beschränktem Maße als richtig anerkannt werden dürfe. Denn für die Entscheidung der Auslegungsfrage, ob das Strafgesetz stillschweigend auf das jeweilige Privatrecht verweise oder einen selbständigen Begriff eingeführt habe, gebe der Begriff des zivilen Rechtsguts keine Handhabe. Eine echte Verweisung liege vielmehr nur dann vor, wenn es sich um den strafrechtlichen Schutz eines subjektiven Privatrechts, z. B. des Eigentums, handele; es gehe aber nicht an, „den Begriff des subjektiven Privatrechts zum Begriff des privaten Rechtsguts zu erweitern"[55]) und damit die Bindung des Strafrechts an das Zivilrecht entsprechend auszudehnen.

52) Die Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der Rückwirkung liegt ziemlich abseits von dem eigentlichen Begriffsbildungsproblem, und beim Begriff des Besitzes war die Loslösung des Strafrechts vom Zivilrecht bereits durch die Verwendung einer besonderen Bezeichnung sowie durch die Stellungnahme der Motive wesentlich erleichtert.

53) ArchZivPrax Bd. 99 (49 n. F.) S. 1 ff., insbes. S. 16 ff., 1906.

54) Man habe eine stillschweigende echte Verweisung überall dort angenommen, wo es sich um den Schutz ziviler Rechtsgüter handele, und lasse dort das Privatrecht mit vorentscheidender Kraft für das den zivilrechtlichen Schutz lediglich verstärkende Strafrecht bestimmen, wann ein Schutz dieser Interessen ausgeschlossen sein solle.

55) Auch die Rechtsgüter des Einzelnen würden lediglich im öffentlichen Interesse geschützt; außerdem sei es sehr wohl denkbar, daß der Gesetzgeber sich zunächst mit dem strafrechtlichen Schutz begnüge und den zivilrechtlichen gemäß § 823 Abs. 2

Diese Ausführungen Zitelmanns, die sich unmittelbar lediglich mit der Frage des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit beschäftigen[56]) und deshalb das Begriffsproblem als solches nicht berühren, interessieren in diesem Zusammenhang nicht nur wegen der nicht unwesentlichen Korrektur der Verweisungslehre[57]). Sie gewinnen vor allem deshalb für uns Bedeutung, weil sie von Brauweiler[58]) aufgenommen und bewußt für die Lösung des Begriffsproblems, nämlich für die Abgrenzung des Vermögensbegriffs im Zivil- und Strafrecht verwertet worden sind. Nach Brauweiler ist der strafrechtliche Begriff des Vermögens nur dann aus dem Privatrecht zu entnehmen, wenn er als Inbegriff subjektiver Rechte (Vermögensrechte) angesehen werden muß; dagegen ist der begriffliche Einfluß des Zivilrechts ausgeschaltet, wenn das Vermögen im strafrechtlichen Sinn ein von der Summe der Vermögensrechte verschiedenes Rechtsgut, insbesondere einen „Inbegriff wirtschaftlicher Güter" darstellt. Mit Recht entscheidet sich Brauweiler im Ergebnis für die letztere Alternative und verneint damit die bis dahin und auch noch heute so oft betonte Abhängigkeit des strafrechtlichen Vermögensbegriffs vom Zivilrecht. Dieser sei unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen ausschließlich und unmittelbar aus dem Strafgesetz zu entnehmen und als Summe der tauglichen Angriffsobjekte der Vermögensdelikte zu bestimmen.

Der Gedankengang, der zu diesem Ergebnis führt, verdient an mehreren Stellen festgehalten zu werden[59]). Die Durchbrechung der begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts erfolgt gerade auf dem Gebiet der Vermögensdelikte, für das die akzessorische Natur des Strafrechts zum mindesten aufrechterhalten werden sollte[60]). Trotz Anlehnung an die Verweisungslehre Zitelmanns liegt der entscheidende Gesichtspunkt in der Betonung wirtschaftlicher Erwägungen, die insoweit den privatrechtlichen Gedankengängen bewußt gegenübergestellt werden. Die ganze Betrachtungsweise bewegt sich — trotz Ablehnung der begrifflichen Akzessorietät

BGB nachfolgen lasse oder ganz auf ihn verzichte, so daß insoweit von einer notwendigen Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht nicht die Rede sein könne (aaO. S. 19).

56) So erklärt sich wohl auch, daß der Gesichtspunkt der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts nicht besonders betont wird.

57) Die Beschränkung der Abhängigkeit des Strafrechts auf diejenigen Fälle, in denen es sich wirklich um den Schutz eines subjektiven Privatrechts handelt, hätte an sich die Emanzipation begünstigen können, wenn sie nicht gleichzeitig die liberale rechtsstaatliche Tendenz, die subjektiven Rechte des Einzelnen zu vermehren und ihren strafrechtlichen Schutz zu erhöhen, verstärkt hätte; damit aber wurde die fortschreitende Bindung des Strafrechts ans Zivilrecht nur noch gefördert.

58) aaO. insbes. S. 180 ff., Ergebnis: S. 205 ff.

59) und zwar nicht zuletzt, weil er im Grunde von einer das Akzessorietätsprinzip ablehnenden Einstellung getragen wird.

60) vgl. die Zusammenstellung des Schrifttums bei Brauweiler S. 182.

— zwar noch durchaus innerhalb der Vorstellung des Rechtsgüterschutzes. Aber die bisher angeblich privatrechtlich umschriebenen Angriffsobjekte werden ersetzt durch „wirtschaftliche Güter", und damit ist ein wichtiger Punkt der Entwicklung erreicht, an dem das zivilistische Begriffsgefängnis durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise gesprengt, nämlich nicht mehr auf zivilrechtliche Konstruktionen, sondern auf die „tatsächlichen" Verhältnisse abgestellt wird. Die grundsätzliche Verschiedenheit dieser beiden Betrachtungsweisen ist Brauweiler allerdings nur wenig bewußt geworden; denn er verneint ausdrücklich eine begriffliche Gegensätzlichkeit des straf- und zivilrechtlichen Vermögensbegriffs[61]). Das der rechtliche Regelung unterworfene Objekt sei das gleiche, nur die Art der Betrachtung sei eine andere, indem einmal der Nachdruck auf die rechtliche Form, dann aber auf den wirtschaftlichen Inhalt gelegt werde. Allerdings habe der Vermögensbegriff je nachdem einen verschiedenen Umfang; dies hindere indeß nicht, (?) die Identität des Begriffs in beiden Rechtsgebieten zu bejahen. Offensichtlich ist hierbei das Bestreben maßgebend gewesen, „den" Vermögensbegriff schlechthin, also einen für die gesamte Rechtsordnung grundlegenden Begriff der allgemeinen Rechtslehre herauszuarbeiten[62]). So sehr wir dieser Tendenz im gegenwärtigen Stadium der Rechtsentwicklung ablehnend gegenüberstehen und so wenig zweckmäßig es zu sein scheint, die mühsam erkämpfte Gegensätzlichkeit der Betrachtungsweise vorzeitig scheinbar „auf höherer Ebene" zu überwinden[63]), so sehr ist der erzielte Fortschritt auf dem Wege zur Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung zu begrüßen. Mit seiner berechtigten Kritik, daß der Allgemeine Teil des BGB unbefugt die Funktionen einer noch fehlenden allgemeinen Rechtslehre übernommen habe, daß deshalb durchaus unzulässigerweise privatrechtliche Gedankengänge auf andere Rechtsgebiete übertragen würden, während die Betrachtung der Grundlagen der Rechtsschutzordnung, wenn nicht ganz ausfalle, so doch nur in ungenügendem Maße erfolge, hat Brauweiler in der Tat auf eine besonders gefährliche Ursache für die Übertragung des zivilistischen Denkens auf das Strafrecht, für die Verbreitung des abstrakten Rechtsdenkens in Allgemeinbegriffen hingewiesen, das der Berücksichtigung wirtschaftlich-tatsächlicher Gesichtspunkte vielfach hindernd im Wege steht.

6. Die Emanzipation des strafrechtlichen Vermögensbegriffs aus zivilistischen Begriffsfesseln, die vom RG vorher nur in beschränktem

61) aaO. S. 206, grundsätzlich anders Micelli oben S. 62 betr. Besitz — Gewahrsam.

62) Denn Brauweiler betont ausdrücklich (S. 207), der richtige Ort für die Betrachtung des Verhältnisses zwischen Rechtsordnung und Wirtschaftsleben, insbes. auch des zivil- und strafrechtlichen Vermögensbegriffs, sei nicht der Allgemeine Teil des BGB, sondern die allgemeine Rechtslehre.

63) Ob die Erklärung Brauweilers hierzu überhaupt geeignet wäre, erscheint sehr zweifelhaft.

Umfang vertreten worden war[64]), gelangte durch die bekannte Plenarentscheidung RG 44, 230[65]) zu einem entscheidenden vorläufigen Abschluß, und zwar auf Grund der schon mehrfach erwähnten wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Das RG erkannte an, daß auch bei nichtigen, insbesondere unsittlichen Rechtsgeschäften eine strafbare Vermögensschädigung vorliegen könne, indem es die wirtschaftliche Natur des strafrechtlichen Vermögensbegriffs nachdrücklich hervorhob und damit — ohne sich mit dem theoretischen Gesichtspunkt der begrifflichen Akzessorietät auseinandersetzen zu müssen — einen selbständigen Weg zur Unabhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale beschritt[66]). Die frühere entgegengesetzte Rechtsprechung des RG war allerdings schon vorher wiederholt einer scharfen Kritik unterzogen worden, und zwar u. a. in einer Abhandlung von Schroeder[67]), die hier eine besondere Hervorhebung verdient, weil sie ganz allgemein die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis der in beiden Rechtsgebieten verwendeten gleichlautenden Begriffe unter übergeordneten Gesichtspunkten zu entscheiden sucht und hierbei vor allem die damalige Rechtsprechung in vorbildlicher Weise berücksichtigt[68]). Auch Schroeder geht zunächst von der akzessorischen Natur des Strafrechts aus, dessen „unselbständige Hilfsfunktion", namentlich hinsichtlich „der strafrechtlich geschützten zivilrechtlichen Interessen", er mehrfach betont. Bei dem Bemühen, auf die grundsätzliche Frage, wann das Strafrecht vom Zivilrecht beeinflußt werde und wann es unabhängig sei, eine konkrete allgemeingültige Antwort zu geben[69]), verwendet er einen neuen Gesichtspunkt, der gerade in letzter Zeit entscheidende Bedeutung für die Gestaltung des Strafrechts erlangt hat, und der in der Tat geeignet erscheint, dem Geltungsanspruch der Akzessorietätslehre eine wirksame Schranke zu setzen:

> *„Überall da, wo das von der Privatrechtsordnung geschaffene Lebensgut selbst es ist, um dessen Schutz es sich handelt, zu dessen Sicherung das Strafrecht eingreift, wo mithin der Schwerpunkt der Strafbarkeit in dem zivilrechtswidrigen Erfolge der Handlung liegt, da wird der Inhalt des Begriffs dem jeweils geltenden bürgerlichen Recht zu entnehmen sein, mit allen seinen Konsequenzen. Wo jedoch das Interesse des Staates an der Bestrafung durch besonders hervortretende Mißbilligung der menschlichen Willensbetätigung gegeben ist, da tritt das rechtliche Gut mit der ihm widerfahrenen Verletzung zurück, da wird nur Gewicht darauf gelegt werden dürfen, daß die Handlung es ist, die Strafe heischt, so wie sie*

64) vgl. RG 36, 334; 37, 30 und 161 u. a.

65) Gegen Ende des Jahres 1910, in dem die Dissertation Brauweilers erschienen war.

66) vgl. ausführlich unten S. 227 fg.

67) ArchZivPrax 97 (47 n. F.), S. 361 fg.

68) wie es vorher und nachher nur ganz selten durchgeführt worden ist.

69) und zwar über die von Lobe aufgezeigten Gesichtspunkte hinaus.

> *sich richtet gegen das Gut in seiner einstmals angenommenen natürlichen Bedeutung."*[70])

Entscheidend ist danach also, ob es sich um den strafrechtlichen Schutz eines zivilrechtlichen Verhältnisses oder um die Verhinderung des dem Verkehr unsittlich erscheinenden Tuns handelt, m. a. W., ob der Erfolg oder die Handlung, ob die Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung oder der kriminelle Gehalt der Tat für die Bestrafung ausschlaggebend sein soll. Diese Unterscheidung führt Schroeder an zahlreichen Beispielen durch[71]), und zwar beschränkt er sich keineswegs nur auf solche Begriffe, die der Umschreibung des Schutzobjekts dienen, und auf die Betonung wirtschaftlicher Gesichtspunkte, sondern er untersucht auch sonstige spezifisch „rechtliche Begriffe", die in gleicher Bezeichnung in anderen Rechtsgebieten vorkommen. Da es sich hier nur um die Erkenntnis grundsätzlicher Gesichtspunkte handelt, genügt es, wenn wir den prinzipiellen Gegensatz und seine Auswirkungen für die Begriffsbildung an Hand zweier typischer Beispiele, nämlich des Eigentums- und des Vermögensbegriffs, näher darlegen[72]). Entsprechend der allgemeinen Meinung ist auch nach Schroeder der Begriff des Eigentums dem Zivilrecht zu entnehmen; denn bei den einschlägigen Strafbestimmungen, insbesondere bei Diebstahl und Unterschlagung, handele es sich um den Schutz eines zivilrechtlichen Verhältnisses, nicht um die Bestrafung einer besonders verwerflichen Handlung. Anders dagegen sei der strafrechtliche Vermögensbegriff zu beurteilen. Bei der Frage:

> *„Bezweckt das Strafrecht den Schutz des zivilrechtlichen Vermögensbegriffs — dann hat es unselbständige Bedeutung, d. h. die strafrechtliche Begriffsbestimmung ist abhängig von zivilistischen Vorschriften — oder setzt es sich zur Aufgabe, bestimmte Handlungen zu bestrafen, die der Auffassung des Lebens und demgemäß dem Willen des Gesetzgebers als besonders verwerflich und gesellschaftsfeindlich erscheinen?"*

entscheidet sich Schroeder[73]) mit Recht für die letztere Ansicht, sodaß sich das Strafrecht hier, der zivilrechtlichen Bande ledig, selbständig und frei entwickeln, insbesondere wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigen kann. Die frühere Rechtsprechung zur Frage des Betruges bei unsittlichen Rechtsgeschäften wird demgemäß abgelehnt, weil sie an dem Fehler kranke, in zu weitgehendem Maße zivilrechtliche Gesichtspunkte zur Entscheidung strafrechtlicher Fragen heranzuziehen.

Diese grundsätzliche Unterscheidung und ihre Durchführung an Hand zahlreicher Beispiele ist als beachtlicher Versuch einer konkreteren Frage-

70) aaO. S. 376.

71) Ausführlich erörtert wird die begriffliche Bindung des Strafrechts z. B. hinsichtlich folgender Tatbestandsmerkmale: Mensch, Verwandtschaft, Schwägerschaft, Besitz, Eigentum, Vermögen, Rechtswidrigkeit u. a.

72) Im übrigen handelt es sich zweifellos um eine Maßfrage, die zwar bei unserem Problem besonders wichtig ist, die aber gleichwohl vorläufig noch zurückgestellt werden muß.

73) aaO. S. 386.

stellung und damit einer weiteren Klärung des begrifflichen Verhältnisses des Zivilrechts zum Strafrecht zu begrüßen. Die Ausführungen Schroeders sind zwar an sich noch völlig ausgerichtet nach dem Gesichtspunkt des „Schutzes zivilrechtlicher Interessen"; praktisch wird aber durch die Zweiteilung dieses Interessenschutzes in einen akzessorischen und einen selbständigen Teil[74]) dem Gesichtspunkt der „verbrecherischen Willensbetätigung" eine entscheidende, das Rechtsgüterschutzprinzip i. e. S. überragende Bedeutung zuerkannt und damit die Möglichkeit geschaffen, strafrechtliche Tatbestandsmerkmale — abweichend von dem Prinzip der begrifflichen Akzessorietät — selbständig, ohne begriffliche Bindung ans Zivilrecht auszulegen. Für denjenigen, der die Entwicklung der Kritik des Rechtsgutsdenkens in letzter Zeit unmittelbar mit erlebt hat, kann kein Zweifel bestehen, daß Schroeder zum mindesten eine „Akzentverschiebung" vom Rechtsgüterschutz zum kriminellen Gehalt vorgenommen hat, die uns aus dem Streit um das Wesen des Verbrechens, seiner ausschließlichen Orientierung an dem Gedanken der Rechtsguts- oder der Pflichtverletzung bekannt ist und die Frage ihrer Verwertbarkeit für die Lösung unserer Problemstellung im neuen Strafrecht sofort nahe legt[75]). In der Tat ist hier schon vor Jahren der beachtliche Versuch gemacht worden, in das übermächtige und unerträgliche Prinzip des ausschließlich zivilrechtlichen Interessenschutzes eine Bresche zu schlagen und durch Beseitigung der begrifflichen Akzessorietät anderen Gesichtspunkten Eingang zu verschaffen, wie sie erst in neuerer Zeit wieder betont worden sind. Im Grunde hat Schroder dem Prinzip des akzessorischen Rechtsgüterschutzes, das er selbst mehrfach betont und aufrechterhalten will, ein anderes gleichwertiges, wenn nicht sogar übergeordnetes Prinzip gegenübergestellt und damit einen wichtigen Ansatzpunkt für die Befreiung des Strafrechts aus zivilistischen Denkformen und Begriffsfesseln bezeichnet, dessen Bedeutung gerade im neuen „Willensstrafrecht" klar in Erscheinung tritt. Zwar darf nicht verkannt werden, daß der Fortschritt der Untersuchung Schroeders auch nur in einer neuen Fragestellung besteht, die im Einzelfall nicht immer leicht beantwortet werden kann. Aber schon damit ist viel gewonnen; und an der grundsätzlichen Verwertbarkeit der Schroederschen Unterscheidung sollte kein Zweifel bestehen. Schon die allgemeine „Akzentverlagerung" vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz zur Bestrafung der verbrecherischen Willensbetätigung wird häufig genügen, um sich in Zweifelsfällen zugunsten

74) vgl. S. 375: „Zweierlei Arten von vermögensrechtlichen Interessen schützt unser Strafrecht, die einen nur, weil das Privatrecht die Hilfe verlangt, die anderen um eigener selbständiger Zwecke willen."

75) vgl. z. B. auch neuerdings Braun S. 40: „Schon hieraus erhellt, daß nicht allein Tatsache und Art einer eingetretenen Rechtsgutsverletzung Maßstab für die Rechtswidrigkeit einer Handlung sind, also z. B. im Fall des § 263 StGB nicht allein die eingetretene Vermögensschädigung, sondern auch die die Rechtsgutverletzung herbeiführenden Mittel und die dabei den Täter beherrschende Gesinnung."

der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts entscheiden zu können, ohne daß für jeden einzelnen Tatbestand geprüft zu werden braucht, ob es sich um einen akzessorischen oder selbständigen Interessenschutz i. S. Schroeders handelt, aber auch ohne daß der Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes, der lediglich in seine Schranken verwiesen, d. h. hier seines zivilistischen Gehalts entkleidet ist, ganz verneint werden müßte[76]).

Das Bewußtsein, hiermit einen entscheidenden Schritt vorwärts getan und eine grundsätzliche Neuorientierung des Strafrechtsdenkens vorbereitet zu haben, fehlt allerdings Schroeder noch völlig. Denn an dem übergeordneten Gesichtspunkt des strafrechtlichen Schutzes „vermögensrechtlicher Interessen" hält er grundsätzlich fest. Mehrfach hebt er insbesondere die akzessorische, unselbständige Hilfsfunktion des Strafrechts und die „Gemeinsamkeit der Grundlage" in beiden Rechtsgebieten hervor. Ja, er bezeichnet es sogar als glücklichen Umstand, daß die Zeiten vorbei seien, „in denen Zivil- und Strafrechtler gewohnt waren, nicht nur durch verschiedene Gläser auf die gemeinsame Grundlage allen Rechts zu blicken, sondern sogar vereint des Glaubens zu leben, vom strafrechtlichen Beobachtungsposten aus zeige sich dem Auge ein wesentlich anderes Gesichtsfeld, als es dem Zivilrechtler sich darbiete"[77]). Diese Einschränkungen und Zugeständnisse an die herrschende Meinung und den Geist der damaligen Zeit sind nur zu verständlich, als daß sie die grundsätzliche Bedeutung der Unterscheidung Schroeders beeinträchtigen könnten. Denn er hat in der Tat bereits damals darauf hingewiesen, daß die wesensmäßige Erfassung des kriminellen Gehalts zahlreicher Tatbestände durch ihre Ausrichtung i. S. des zivilrechtlichen Rechtsgutdenkens nicht möglich ist. In vielen Fällen mag der von Schroeder vorgeschlagene Weg zu demselben Ergebnis, nämlich zur Anerkennung der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts, führen wie die wirtschaftliche Betrachtungsweise. Das zeigt der Vergleich der Stellungnahme von Schroeder und Brauweiler zum strafrechtlichen Vermögensbegriff, die letztlich weitgehend übereinstimmt[78]). Dies hindert indeß nicht, der Unterscheidung Schroeders vom heutigen Standpunkt der Strafrechtswissenschaft aus den Vorzug zu geben, da sie dem Gesichtspunkt des kriminellen Gehalts der Handlung, der verbrecherischen Willensbetätigung, selbständige, d. h. unter

76) In diesem Zusammenhang ist entscheidend, daß das Prinzip des Rechtsgüterschutzes nicht im akzessorisch-zivilistischen Sinn verstanden und als Brücke für die Einführung strafrechtsfremder, insbesondere zivilrechtlicher Gedankengänge benutzt werden darf. Auf den Streit über die strafrechtliche Existenzberechtigung des Begriffs „Rechtsgut" braucht deshalb hier nicht weiter eingegangen zu werden.

77) So erklärt sich auch die auffällige Kritik, es könne doch z. B. einen straf- und zivilrechtlich verschiedenen Begriff der Verwandtschaft, Schwägerschaft usw. nicht geben. Ebenso wird erstaunlicherweise die zivilrechtliche Rückwirkung im Strafrecht anerkannt, obwohl andererseits wieder mit Recht betont wird (S. 365), nicht die Bildung abstrakter Begriffe sei der Zweck des Rechts.

78) Trotz des grundsätzlich verschiedenen Ausgangspunktes.

Umständen entscheidende Bedeutung beimißt und so dem Willensstrafrecht in der neuen Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung zum mindesten entgegenkommt, während Brauweiler noch völlig im Rechtsgutdenken, allerdings in einem wirtschaftlichen und insoweit nicht ans Zivilrecht gebundenen, befangen ist.

Offensichtlich ist es nur durch die Vorherrschaft der Akzessorietätslehre, insbesondere durch die allgemeine Tendenz, die strafrechtliche Dogmatik dem zivilrechtlichen Denken unterzuordnen, zu erklären, daß die Gedankengänge Schroeders nicht in dem gebührenden Maße beachtet, nicht einmal von denjenigen Schriftstellern aufgegriffen worden sind, die sich mit unserer Fragestellung näher beschäftigt haben, und, wie z. B. neuerdings Lobe, den akzessorischen Charakter des Strafrechts ablehnen. Die Erkenntnis, daß der „Handlung", der verbrecherischen Willensbetätigung als solcher neben der Rechtsgüterverletzung oder -gefährdung selbständige Bedeutung zukommt, und daß sich hieraus wichtige Folgerungen für eine Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken ergeben, läßt sich in dieser Klarheit im Schrifttum vor 1933 nicht nachweisen. Sie verdient bereits in diesem Zusammenhang erhöhte Beachtung; denn wenn auch durchweg die Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts eine besonders zugespitzte Erscheinungsform des zivilistischen Rechtsgutdenkens darstellt und daher mit der Einschränkung ihres Geltungsbereichs auch das zivilrechtliche Denken im Strafrecht allgemein zurückgedrängt wird, so dürfen doch beide Gesichtspunkte für den Kampf um die Loslösung des Strafrechts von zivilistischen Begriffsfesseln nicht schlechthin gleichgesetzt werden, da das Ziel zwar die erfolgreiche Bekämpfung der Akzessorietätslehre voraussetzt, damit aber allein noch nicht erreicht ist[79]).

7. Immerhin bedeutet nach dem bisherigen Stand unserer Darstellung jede Einschränkung der Akzessorietätslehre einen Fortschritt zugunsten der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts; namentlich bei rückblickender Betrachtung ergibt sich ohne weiteres, daß mit der Lockerung des Akzessorietätsprinzips, das sich ja vorwiegend in begrifflicher Hinsicht auswirkt, eine freiere Auslegung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale, ein Zurückdrängen streng zivilrechtlicher Erwägungen Hand in Hand geht. Das haben wir bereits mehrfach bei bestimmten, besonders gelagerten Einzelfällen feststellen können. Aber diese Erkenntnis läßt sich durchaus bis zu einem gewissen Grad verallgemeinern. Bestätigt wird sie auch durch die Ausführungen von Richard Schmidt, der diesen Gesichtspunkt für die richtige Entscheidung der Frage, ob eine strafgesetzliche Verweisung i. S. des Art. 4 EG vorliegt, berücksichtigt hat[80]). Zwar

79) Nur so ist es zu erklären, daß zuweilen trotz ausdrücklicher Ablehnung des Akzessorietätsprinzips die begriffliche Bindung des Strafrechts ans Zivilrecht weitgehend aufrechterhalten wird, und zwar aus Erwägungen, die letzten Endes doch an dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes orientiert sind; vgl. unten S. 81.

80) vgl. oben S. 37; auch er stellt zwar auf die Natur des Rechtsguts ab, faßt letzteres aber nicht im streng zivilrechtlichen Sinne auf und gelangt so zu der

betont auch Schmidt die „sekundäre Gemeinsamkeit des Zwecks der beiderseitigen Rechtsfolgen" und die daraus erkennbare Einheit der Rechtsordnung; aber er weist dann bemerkenswerterweise darauf hin, das Verständnis für diese Erscheinung erschließe sich nicht nur mit Hilfe der Annahme, daß die Strafdrohung ihrem Wesen nach eine bloß akzessorische Sicherungsmaßnahme zugunsten der Norm sei. „Praktisch besteht die Verschwisterung von Zivilzwang und Strafzwang unabhängig von aller Doktrin; die Rechtssätze, die sie sanktionieren, stehen auf eigenen Füßen nebeneinander . . ."[81]). Noch deutlicher ist bei Brauweiler, der zwar die Verweisungslehre Zitelmanns übernimmt, die Loslösung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs vom Zivilrecht durch die Ablehnung des Akzessorietätsprinzips und die daraus folgende Verneinung der „vorentscheidenden Kraft des Zivilrechts"[82]) beeinflußt worden. Die Annahme einer Subsidiarität des Strafrechts sei schon im Hinblick auf seine zeitliche Priorität gegenüber dem Privatrecht[83]) nicht ohne Bedenken, vor allem aber auch deshalb abzulehnen, weil das Strafrecht berufen sein könne, Lücken des Privatrechts auszufüllen.

Doch bevor wir auf diese Gesichtspunkte näher eingehen, die im Ergebnis zur Ablehnung der begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts führen, erscheint es angebracht, eine neue besondere Einschränkung des Akzessorietätsprinzips kennen zu lernen, die gerade im Hinblick auf die Vermögensdelikte von Hirschberg vorgeschlagen und deshalb besonders interessant ist, weil sie ganz allgemein zwischen der Ablehnung der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts und der Aufrechterhaltung des Rechtsgüterschutzgedankens zu vermitteln sucht. In seiner Untersuchung über den Vermögensbegriff im Strafrecht hebt Hirschberg zutreffend hervor, daß sich hinter dem Gegensatz „juristischer oder wirtschaftlich-faktischer Vermögensbegriff" das „Elementarproblem" des Verhältnisses zwischen Zivil- und Strafrecht verberge[84]). Seine Arbeit hat deshalb — gleich wie man sich zu ihren Ergebnissen im einzelnen stellen mag — jedenfalls

Feststellung, die Überschau über die verzweigten Beziehungen zwischen den zivilrechtlichen und den strafrechtlichen Tatbeständen zeige unverkennbar, daß der Einfluß des BGB „mindestens kein grundsätzlicher" sei.

81) aaO. S. 150.

82) Ganz anders die Erörterungen im Schweizer Recht, in denen vielfach die „Präjudizierlichkeit" des Zivilrechts betont worden ist; vgl. oben S. 42.

83) Dieser Gesichtspunkt ist an sich mit Vorsicht zu gebrauchen; daß er aber im Hinblick auf die historische Entwicklung in Deutschland Berechtigung hat, ist bereits dargelegt worden; vgl. oben S. 27.

84) „Bindings (zivilistische) Anschauung ist die Konsequenz einer streng akzessorischen Auffassung, während der faktische Vermögensbegriff den Gedanken der begrifflichen Emanzipation voraussetzt" (aaO. S. 6). Auf den weiteren Gegensatz zwischen objektiver und subjektiver Vermögensauffassung ist hier nicht näher einzugehen. Richtig ist die Kritik Hirschbergs an der rein wirtschaftlichen Vermögensauffassung insofern, als letztere den Schutz der immateriellen Interessen vernachlässigt; vgl. aaO. S. 282 ff. und Kohlrausch, Schlegelberger-Festgabe S. 222.

den Vorzug, von Anfang an auf das allgemeine Grundproblem und seine bis dahin und auch heute noch nicht genügend erkannte rechtspolitische Bedeutung hingewiesen zu haben[85]). Gerade diesen letzteren, in seiner Zielsetzung heute wesentlich geänderten Gesichtspunkt aber gilt es im Auge zu behalten, wenn man zu dem Vermittlungsvorschlag Hirschbergs, der scheinbar einen großen Fortschritt darstellt, kritisch Stellung nehmen will, ohne sich durch die zunächst einnehmende Eleganz der Lösung zu sehr beeinflussen zu lassen. Die Beantwortung der alten Streitfrage, ob der strafrechtliche Vermögensbegriff nach zivilrechtlichen oder nach faktischen Erwägungen, unter Zugrundelegung eines natürlichen oder eines juristisch-technisch vorgeformten Angriffsobjekts zu bestimmen sei, ist nach Hirschberg nicht — wie bisher, der herrschenden Lehre folgend, unterstellt wurde — von der „ganz anderen Frage" nach dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Strafrechts, insbesondere der Anerkennung oder Ablehnung des Akzessorietätsprinzips abhängig. Selbst wenn man sich — wie Hirschberg ohne nähere Begründung — grundsätzlich zur Lehre von der Akzessorietät bekenne, sei für die Lösung dieses Problems wenig gewonnen; denn „zur Bejahung der Frage (d. h. der Abhängigkeit des strafrechtlichen Vermögensbegriffs vom Zivilrecht) gelangt man nämlich erst dadurch, daß man aus der ‚materiellen Akzessorietät' eine ‚begriffliche' macht, und das folgt aus dem grundsätzlichen Bekenntnis zur materiellen Akzessorietät nicht ohne weiteres"[86]). Wie sich diese Lehre von der „materiellen Akzessorietät" im einzelnen auswirkt, zeigen die Folgerungen Hirschbergs sehr deutlich. Er geht zunächst davon aus, daß der Gesetzgeber von der Methode der „realen" zu der Methode der „juristisch vorgeformten" Angriffsobjekte übergegangen sei. Jedoch wäre es verfehlt, aus diesem grundsätzlichen „Erfordernis privatrechtlicher Vorformung" die Existenz eines subjektiven Privatrechts als Voraussetzung strafrechtlichen Schutzes herzuleiten. Denn das Strafrecht sei nicht gezwungen, für die Gewährung seines Schutzes ebenso hohe Anforderungen zu stellen wie das Zivilrecht; es könne und dürfe sich sehr wohl mit „einem geringeren Maße zivilistischer Salonfähigkeit" begnügen, ohne den Grundsatz privatrechtlicher Vorformung damit aufzugeben. Wann allerdings das vom Strafrecht geforderte Minimum zivilrechtlicher Anerkennung erreicht sei, das bleibe „abhängig von der Situation der Zeit und der Lage des Einzelfalles"[87]). Es leuchtet ohne weiteres ein, daß diese Lehre — verglichen mit der Auffassung einer streng begrifflichen

85) „Eine klare Erkenntnis der rechtspolitischen Bedeutung der herrschenden Lehre fehlt. Die Gegner Bindungs und Merkels wollen auf die Möglichkeit, an sich strafwürdige Sachverhalte zu poenalisieren, aus Gründen zivilrechtlicher Konstruktion nicht verzichten und stellen deshalb die Frage nach Grund und Prinzip der Unterscheidung bewußt in den Hintergrund . . ." aaO. S. 11.

86) aaO. S. 320.

87) vgl. im einzelnen darüber Hirschberg aaO. S. 323 bis 332.

Akzessorietät — zunächst zweifellos einen erheblichen Fortschritt darstellt und demjenigen, der mit Hirschberg an der materiellen Akzessorietät des Strafrechts festhält, eine brauchbare Handhabe bietet, um die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale weitgehend von zivilrechtlichen Begriffsfesseln zu befreien, insbesondere wirtschaftliche Gesichtspunkte für die Frage der Vermögensschädigung berücksichtigen zu können. Um die äußerste Tragweite und damit die wahre Bedeutung dieser Theorie festzustellen, müssen wir deshalb direkt zur Beurteilung des Grenzfalls übergehen, wie er sich aus der Entscheidung RG 65, 99 ergibt: Daselbst hat das RG eine Vermögensschädigung i. S. des § 263 StGB verneint, weil der Anspruch, um dessen Erfüllung der Geschädigte vom Täter geprellt wurde, zwar wirtschaftlich realisierbar, aber aus zivilrechtlichen Gründen nichtig war[88]). Im Gegensatz zu Grünhut, der diese Entscheidung überzeugend kritisiert[89]), schließt sich Hirschberg sachlich[90]) dem RG an, das auf Grund einer vierfachen, zum Teil sehr schwierigen zivilrechtlichen Konstruktion das Bestehen eines „Rechts"-anspruchs und damit die Möglichkeit einer betrügerischen Vermögensschädigung verneint. Hier müsse man sich entscheiden — so betont Hirschberg —, ob man den wirtschaftlichen Werten jede rechtliche Anerkennung versagen oder ob man ihnen doch wenigstens strafrechtlichen Schutz gewähren will. Hirschberg hält ausschließlich den ersten Weg für gangbar; er bezeichnet die gegenteilige Meinung, die darauf hinweist, daß die §§ 134, 138 BGB die Strafbarkeit des Vertragspartners und nicht die Straflosigkeit von Betrügern bezweckten, als unehrlich und feige, und lehnt sie vor allem wegen der in ihr angeblich enthaltenen petitio principii[91]) entschieden ab. Die eigene Stellungnahme wird klar dahingehend formuliert: „In einem strafrechtlichen System, das dem Schutz von Rechtsgütern dient und diese Aufgabe sogar in seiner Systematik zum Ausdruck gebracht hat, kann Gegenstand eines Vermögensdelikts nicht ein Wert sein, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versagt: Das ist die Konsequenz der Lehre von der materiellen Akzessorietät des Strafrechts"[92]). Insoweit wird also ganz offensichtlich der kriminelle Gehalt der Handlung gegenüber dem Rechtsgüterschutzprinzip und den damit zusammenhängenden zivilrechtlichen Erwägungen und Konstruk-

88) vgl. JW 1932, 2434 Nr. 25: „Derjenige, welcher von einem anderen ermächtigt, die Rechte aus einer Wohnungsdringlichkeitsbescheinigung für dessen Rechnung gegen Entgelt einem Dritten abzutreten, das für die Veräußerung erzielte Geld nur zum Teil abgeführt und im übrigen für sich behalten hat, macht sich nicht des Betrugs schuldig, weil die Ansprüche, von deren Verfolgung er den anderen abhält, keinen rechtlichen Bestand haben".

89) JW aaO.

90) Hirschbergs Fußnote 64 auf S. 332 über die Stellungnahme Grünhuts ist offensichtlich auf ein Mißverständnis zurückzuführen.

91) Die Strafbarkeit hänge nach geltendem Recht ja von dem Vorhandensein eines Vermögensschadens ab und der solle gerade bewiesen werden (S. 323)

92) aaO.

tionen in vollem Umfang vernachlässigt und an der absoluten Abhängigkeit des Strafrechts von dem Bestehen eines subjektiven Privatrechts festgehalten. Gerade dieser Fall aber zeigt, daß die scheinbar so sinnvolle vermittelnde Theorie Hirschbergs letzten Endes doch noch im zivilistischen Rechtsgutdenken stecken bleibt und keineswegs zu Ergebnissen führt, die wir als befriedigend bezeichnen können. Denn wir sind in der Tat der Meinung, daß in diesem von RG 65, 99 entschiedenen Fall Bestrafung wegen vollendeten[93]) Betruges erfolgen kann und muß. Wir werden später noch ausführlich zu zeigen haben[94]), daß dieses Ergebnis sich schon zwanglos mit der folgerichtig durchgeführten wirtschaftlichen Betrachtungsweise erreichen läßt, indem man die „tatsächliche Möglichkeit", den zivilrechtlich nichtigen Anspruch zu realisieren, als schutzwürdigen Bestandteil des Vermögens im wirtschaftlichen Sinne auffaßt. Es handelt sich also keineswegs nur um die Frage, ob ein „offensichtlich vitiöser Erwerb"[95]) strafrechtlich geschützt werden soll; denn die zivilrechtliche Nichtigkeit des Anspruchs, um dessen Realisierung der Getäuschte gebracht wurde, kann sich aus rein objektiven zivilrechtlichen Gründen ergeben und braucht nicht den Beteiligten, jedenfalls nicht dem Getäuschten bekannt gewesen zu sein. Außerdem hat das RG diese Grenze längst überschritten und damit den Weg zu einer anderen Beurteilung geebnet, die auch vom Willensstrafrecht gefordert wird. Zum mindesten in Zukunft darf die zufällige zivilrechtliche Nichtigkeit des Anspruchs, um dessen wirtschaftlich realisierbaren Wert der Getäuschte geprellt wurde, den Täter, der nach dem Empfinden des Volkes ganz offensichtlich einen anderen betrogen hat, nicht vor der verdienten Bestrafung bewahren.

Diese Erwägungen lassen es als zweifelhaft erscheinen, ob mit der Hirschberg'schen Lehre von der materiellen Akzessorietät für die Entscheidung der Frage nach der begrifflichen Unabhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht in grundsätzlicher Hinsicht viel gewonnen ist[96]). Insbesondere taucht die Frage auf, ob die Akzentverlagerung von der Rechts-

93) nicht bloß wegen (untauglichen) Versuchs; damit weicht man dem Problem aus.

94) Vgl. unten S. 231 fg.

95) so Grünhut aaO.

96) und zwar trotz der Anerkennung eines selbständigen strafrechtlichen Vermögensbegriffs, der uns aber gerade noch nicht genügend vom Zivilrecht losgelöst zu sein scheint. Unsere Bedenken liegen also gerade in entgegengesetzter Richtung wie die Kritik Mittermaiers (Arch. f. Rechts- u. Soz. Phil. 1936, 553 ff.), der die Selbständigkeit des strafrechtlichen Vermögensbegriffs lediglich insofern anerkennen will, „als das Strafrecht sich aus den Rechtsgütern seine Schutzobjekte selbständig formuliert". Wenn Mittermaier hierbei ausführt, die erforderliche Harmonie zwischen den Schutzfunktionen des Zivil- und Strafrechts könne nur durch die gleichartige Konstruktion der in beiden Gebieten zu schützenden Rechtsgüter erreicht werden, so bedeutet das ein klares Bekenntnis zu der Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts und damit zum zivilistischen Denken überhaupt. Der Bekämpfung dieser grundsätzlichen Einstellung ist unsere ganze Arbeit gewidmet.

gutverletzung zum kriminellen Gehalt im zukünftigen Willensstrafrecht nicht dazu führen muß, den Gesichtspunkt der zivilrechtlichen Abhängigkeit des Angriffsobjekts von seiner für die Bestrafung ausschlaggebenden Bedeutung zu verdrängen und auch hinsichtlich des Schutzobjekts eine freiere, spezifisch strafrechtliche Begriffsbestimmung anzuerkennen. Wenn man schon die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer selbständigen, d. h. von zivilistischen Konstruktionen unabhängigen Auslegungsmethode zugibt, dann kann die gleichwohl vertretene Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht auf der Seite der Schutzobjekte[97]) nur durch die Auffassung des Strafrechts als eines akzessorischen Schutzrechts, letzten Endes also doch nur durch die Annahme einer begrifflichen Akzessorietät gegenüber zivilrechtlichen Interessen gerechtfertigt werden. Es bedarf deshalb keiner näheren Begründung, daß unsere grundsätzliche Einstellung auch zur Ablehnung der von Hirschberg vertretenen Lehre von der materiellen Akzessorietät[98]) führen muß[99]). Damit sind wir an dem Punkt angelangt, an dem wir das Dogma von der Akzessorietät des Strafrechts schlechthin in Zweifel ziehen, insbesondere die daraus für die Begriffsbildung hergeleiteten Folgerungen auf ihre Richtigkeit und Zweckmäßigkeit nachprüfen müssen.

8. Der erste und — soweit ersichtlich — auch einzige[100]) grundlegende Vorstoß gegen die allgemeine Annahme einer begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht erfolgte durch H. Mayer[101]), der die Lehre von dem subsidiären, akzessorischen Charakter des Strafrechts in ihrer uneingeschränkten Form als „offensichtlich falsch" bezeichnet und ihre begrifflichen Folgerungen gerade dort beanstandet, wo sie scheinbar unabweisbar sind, nämlich auf dem Gebiet der Vermögensdelikte, auf dem die akzessorische Natur des Strafrechts meist stillschweigend und unge-

97) so Hirschberg aaO. S. 349, der eine weniger formale, freiere, strafrechtliche Betrachtungsweise für alle Tatbestandsmerkmale — mit Ausnahme der Angriffsobjekte — zuläßt; vgl. auch S. 358.

98) Vgl. in diesem Zusammenhang neuerdings — ebenfalls gegen Hirschberg — Kempermann, ZStrW 57, 126 fg, insbes. S. 141: „Das Strafrecht ist bisher nie gut gefahren, wenn es sich vom Zivilrecht abhängig gemacht hat . . . Auch für den Betrug kann es nicht auf den unter seinen eigenen Gesetzen stehenden Prozeß der zivilrechtlichen Vorformung ankommen."

99) Dabei wollen wir uns allerdings nicht mit Einwendungen beschäftigen, die, wie z. B. die Behauptung, es sei ein „logischer Widerspruch", die einzelnen Tatbestandsmerkmale nach verschiedenen — zivilrechtlichen oder spezifisch strafrechtlichen — Gesichtspunkten auszulegen, u. E. neben der Sache liegen (vgl. Hirschberg aaO. S. 349 mit Schrifttum). Die Emanzipation des Strafrechts ist durch den Vorwurf „logischer Widersprüche" nicht verhindert worden und wird in Zukunft noch weniger hierdurch gehemmt werden.

100) abgesehen von Brauweiler, vgl. oben S. 71.

101) Zunächst in seiner „Untreue", dann in GS 104, 100 ff. und schließlich auch im „Strafrecht des deutschen Volkes" S. 69, ohne daß jedoch zwischen begrifflich-formeller und materieller Akzessorietät unterschieden wird.

prüft unterstellt werde. Es sei freilich durchaus möglich, daß die einzelne Strafrechtsnorm gerade ein bestimmtes zivilrechtliches Verhältnis zu schützen unternehme, aber logisch und systematisch notwendig sei dies nicht.

> *„Es ist durchaus eine Frage der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit, ob sich das Strafrecht in die Gefolgschaft des Zivilrechts begeben soll, und mir scheint dies Unternehmen unzweckmäßig. Freilich müssen Strafrecht und Zivilrecht im Ergebnis zusammenstehen, aber das Strafrecht ist nicht dazu da, die einzelnen Zivilrechtsinstitute in ihrer technischen Ausprägung seinen Straftatbeständen zugrundezulegen. Die Strafe ist die letzte, wuchtigste Bewährung der Rechtsordnung, sie muß also jedenfalls die Hoheit des Rechts über den Verbrecher bewahren, gerade im Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft . . . Zu diesem Zweck bedarf aber das Strafrecht einprägsamer, plastischer Verbrechenstatbestände. M.a.W. das Strafrecht muß volkstümlich sein, wenn es seinen Zweck nicht zum guten Teil verfehlen soll, während dies allerdings vom Zivilrecht nicht gefordert werden kann. Knüpft das Strafrecht allzusehr an Zivilrechtsinstitute an, so muß es kompliziert, damit undurchsichtig und für seine Zwecke weniger geeignet werden.“*[102])

Damit ist zum erstenmal die Frage der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts vom Standpunkt der (neu ausgerichteten) rechtspolitischen Zweckmäßigkeit aufgegriffen, d. h. allgemein in das richtige Licht gerückt und mit Recht verneint worden. Hierin liegt das große Verdienst H. Mayers, dem wir insoweit durchaus beitreten; denn was er zunächst lediglich an einzelnen Begriffen der Vermögensdelikte darstellt, wird durch die spätere Schilderung der gesamten einschlägigen Rechtsprechung als grundsätzlich richtig bestätigt. Aber nicht nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, sondern auch aus grundsätzlichen Erwägungen muß diese „Irrlehre, die wie sehr viele Dinge, die ganz besonders plausibel erscheinen, ganz besonders falsch sind“, bekämpft werden. Denn sie geht, wie H. Mayer im einzelnen weiter darlegt[103]), von der heute überwundenen Vorstellung aus, „daß doch zuerst das Individuum mit seinen Rechten da sein müsse,

102) Untreue S. 120; vgl. dazu auch Strafrecht S. 74: „Das Strafrecht muß . . . volkstümlich in einem ganz bestimmten Sinne sein, denn es hat die Geltung der Sittenordnung vor den Augen der Volksgemeinschaft wieder herzustellen . . .; seine wesentliche Funktion besteht eben mit darin, Eindruck zu machen. Es verfehlt seinen Zweck, wenn es nicht seinem unmittelbaren Inhalt nach verstanden wird.“ Vgl. auch Dahm (Grundfragen S. 106): „Die Gesetze, auch die Strafgesetze, sollen heute . . . dem ungelehrten Volksgenossen und dem Richter durch einfache und lebendige Worte das Wesen der Dinge bezeichnen. Dazu bedarf es einer bildhaften und plastischen Sprache . . .“ So auch Dörr S. 83; vgl. ferner Freisler, Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände, ZStrW, 55, 503.

103) Dabei können wir hier den rechtsphilosophischen Gesichtspunkt einer überzeugenden Begründung des Rechtszwangs nicht weiter verfolgen, sondern wollen lediglich zur Klarstellung betonen, daß wir den Rechtszwang nicht als Wesensmerkmal und Voraussetzung des Rechts anerkennen (vgl. Untreue S. 117 ff.).

erst dann könne der Staat kommen und sie strafrechtlich schützen“[104]), und sie gelangt so zu der Auffassung der Vermögensverbrechen als Angriffe auf Vermögensrechte. Dabei werde aber verkannt, daß die Rechtsordnung nicht nur durch das Mittel des subjektiven Rechts, sondern auch durch andere Mittel Lebensgüter, und zwar auch Vermögensinteressen, schützen könne. Gerade die allgemein übliche Beschränkung der Akzessorietät auf Vermögensinteressen sei im Hinblick auf § 823 Abs. 2 BGB problematisch; auch bei ihnen habe der strafrechtliche Schutz der Vermögenssphäre, der geschichtlich überhaupt der ältere sei, durchweg seine Selbständigkeit behalten[105]).

Schon diese kurze Skizzierung der grundsätzlichen Einstellung läßt es als selbstverständlich erscheinen, daß die Frage der strafgesetzlichen Verweisung auf zivilrechtliche Begriffe und Konstruktionen mit besonderer Sorgfalt von H. Mayer erörtert wird. In dieser Hinsicht sind seine Ausführungen[106]) methodisch vorbildlich, gleich wie man sich im einzelnen zu den gewonnenen Ergebnissen stellen mag, die jedenfalls weitgehend die Notwendigkeit einer Verselbständigung strafrechtlicher Begriffe, z. B. des Bevollmächtigten, des Vermögens, der Verfügung, bestätigen. Namentlich für den strafrechtlichen Vermögensbegriff wird die Bedenklichkeit der Lehre von der begrifflichen Akzessorietät ausführlich und überzeugend unter Betonung der „realistischen Natur“ und des „fragmentarischen Grundcharakters aller Strafgesetze“[107]) dargelegt und die Bindingsche Auffassung eines streng „juristischen Vermögensbegriffs“, der dann meist i. S. des Zivilrechts verstanden zu werden pflegt, als petitio principii[108]) abgelehnt. Es gehe nicht an zu behaupten, es könnten nur „Rechte“ und nicht faktische Zustände geschützt werden. Denn in dem Augenblick, in dem das Strafrecht einen tatsächlichen Zustand schütze, werde er eben zu einem rechtlichen[109]). Von diesem Standpunkt aus verneint H. Mayer nicht nur

104) GS 104, 105.

105) Untreue S. 152, GS 104, 105, insbes. S. 109; er bejaht sogar eine vom Zivilrecht abweichende Auslegung des Wortes „fremd“, ohne damit das alte strafrechtliche Eigentum wieder einführen zu wollen, betont andererseits aber, daß § 266 StGB (a. F.) nach der ihm zugrundeliegenden zivilistischen Auffassung auszulegen sei (S. 117 Note 28).

106) vgl. z. B. die Mahnung (Untreue S. 85): „Verweist man im Strafrecht auf zivilrechtliche Verhältnisse, so verweist man öfter recht unbedacht auf sehr problematische Fragen“. Vgl. auch Grünhut, Frank-Festgabe S. 19: „Nur bei einem Minimum von Identität der rechtlichen Begriffsbildung ist eine einheitliche und zugleich gegenüber den Aufgaben der Rechtsanwendung elastische Rechtsordnung denkbar.“ S. 25: „Nur bei klarer Erfassung der eigentümlichen strafrechtlichen Rechtsanwendung lassen sich die Fehler vermeiden, welche sich bei einer unkritischen Bezugnahme auf strafrechtsfremde Bedeutungszusammenhänge einstellen“.

107) vgl. Untreue S. 121, 155 unter Hinweis auf Binding.

108) aaO. S. 152.

109) wenn auch primär kein subjektives Recht entsteht; sekundär entsteht sogar ein solches, wie sich aus § 823 BGB ergibt. Damit ist der Satz Maschkes (S. 202)

die Übertragbarkeit des zivilrechtlichen Vermögensbegriffs auf das Strafrecht[110]), sondern er bestreitet auch die Existenz eines einheitlichen strafrechtlichen Vermögensbegriffs; statt dessen entwickelt er einen besonderen Begriff des strafrechtlichen Vermögensschadens, der auch die Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen ermöglicht, deshalb aber nicht i. S. einer herabsetzenden Bewertung als „wirtschaftlicher", d. h. bloß „tatsächlicher" Begriff dem „juristischen", d. h. zivilrechtlichen gegenübergestellt werden dürfe. Denn dieser sog. wirtschaftliche oder faktische Vermögensbegriff „ist genau so juristisch wie der Vermögensbegriff des Zivilrechts"[111]), nämlich spezifisch strafrechtlicher Natur.

Gleichzeitig wird damit der Entwicklung einer neuen juristischen, nämlich spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung der Weg gewiesen: Grundlage derselben sei weder die Umschreibung des Vermögens im Zivilrecht noch ein Begriff der Volkswirtschaftslehre, sondern die Laienvorstellung, der natürliche Sprachgebrauch des täglichen Lebens, der allerdings zu einem Rechtsbegriff „zugeschärft" werde, und zwar im Strafrecht durchaus unter Beibehaltung der dort notwendigen realistischeren Anschauungsweise[112]). Die Ablehnung der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts wird also ergänzt durch die Ausbildung einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildung, die sowohl den besonderen Bedürfnissen des Strafrechts als auch den Erfordernissen einer volkstümlichen, plastischen, allgemeinverständlichen Gesetzessprache Rechnung trägt. Es ist interessant, die letzten Endes grundverschiedene Betrachtungsweise H. Mayers und Hirschbergs gegenüberzustellen und ihre Gegensätzlichkeit zu betonen, obwohl ihre Ergebnisse offensichtlich nicht allzu sehr voneinander abweichen. Hirschberg geht vom Privatrecht aus, indem er grundsätzlich an dem Erfordernis privatrechtlicher Vorformung und damit an der Abhängigkeit des Strafrechts festhält; er begnügt sich zwar weitgehend mit einem „geringeren Maß zivilistischer Salonfähigkeit", kehrt aber in dem erwähnten Grenzfall und ganz allgemein auf der Seite der Schutzobjekte zur unbedingten Bindung des Strafrechts ans Zivilrecht zurück. H. Mayer dagegen legt den natürlichen Sprachgebrauch der strafrechtlichen Begriffsbildung zugrunde und verlangt — nicht, wie Hirschberg, einen „geringeren Grad privatrechtlicher Vorformung", vielmehr — eine nach den besonderen Bedürfnissen des Straf-

abgelehnt „Der kriminelle Schutz des Strafrechts ist eine Steigerung des zivilen"; vgl. auch H. Mayer GS 104, 109: „Die Einheit der Rechtsordnung leidet unter diesem Verfahren nicht. Nur darf man die Rechtsordnung nicht erst im BGB suchen und hinterher im Strafrecht ihre Sanktion, sondern man muß sie zugleich in beiden suchen."

110) Über diesen nur klassifikatorischen Begriff der Rechtslehre vgl. Untreue S. 149 ff.

111) aaO. S. 166.

112) vgl. ausführlich aaO. S. 166, 167.

rechts sich richtende rechtliche „Zuschärfung" des Begriffs. Dieser in die Augen springende Gegensatz des jeweiligen Ausgangspunktes ist für die Klärung unserer Fragestellung von größter Bedeutung, und schon die vorerwähnte Gegenüberstellung genügt, um der Auffassung H. Mayers unbedingt den Vorzug zu geben. Wir haben bereits in anderem Zusammenhang auf die Wichtigkeit der Frage hingewiesen, ob der strafrechtlich erhebliche Wirklichkeitsausschnitt überhaupt nur auf dem Umweg über das Zivilrecht begrifflich erfaßt werden darf[113]) oder ob es nicht notwendig und richtiger ist, direkt auf die Lebenstatsachen zurückzugreifen und die strafrechtlichen Begriffe unmittelbar der Wirklichkeit nachzubilden; und wir zögern nicht, auch in diesem Zusammenhang uns für die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der letzteren Auffassung zu entscheiden. Der Umstand, daß beide Betrachtungsweisen möglicherweise zu demselben Ergebnis führen, darf die Erkenntnis nicht trüben, daß es sich hier um Gegensätze der Richtung handelt, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden darf und die eine grundsätzliche Entscheidung erfordern. Jedenfalls gilt dies dann, wenn man die Problemstellung nicht, wie H. Mayer und Hirschberg, vorwiegend auf den strafrechtlichen Vermögensbegriff beschränkt, sondern sie in dem weiten Rahmen betrachtet, wie er unserer Arbeit zugrundeliegt. Die rechtspolitische Bedingtheit der Entscheidung durch grundsätzliche Anschauungen über das Wesen des Strafrechts ergibt sich u. a. sehr deutlich daraus, daß der Einwand einer petitio principii in dem Streit der Meinungen eine große Rolle spielt. H. Mayer bekämpft mit ihm die Bindingsche Auffassung, daß nur Vermögens-„Rechte" strafrechtlich geschützt werden könnten, und Hirschberg verteidigt damit das Ergebnis der Entscheidung RG 65, 99, indem er den Gegnern der Ansicht, daß hinsichtlich zivilrechtlich nichtigen, aber wirtschaftlich realisierbaren Ansprüchen kein Betrug begangen werden könne, eine petitio principii vorwirft. Die Richtigkeit der verschiedenen Meinungen läßt sich eben an Hand der einzelnen Bestimmungen des StGB allein nicht überzeugend nachweisen[114]); vielmehr hängt die Entscheidung von grundsätzlichen Erwägungen über das Wesen des Strafrechts ab, über die Zweckmäßigkeit oder gar Notwendigkeit einer spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung oder des zivilistischen Denkens und von der Erkenntnis ihrer rechtspolitischen Hintergründe.

9. Unsere Hoffnungen, auf dem von H. Mayer skizzierten Weg allgemein die begriffliche Bindung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale und das zivilistische Denken im Strafrecht zu überwinden, verstärken sich

113) Anläßlich der Unterscheidung zwischen echter und unechter Verweisung; vgl. oben S. 30.

114) Es sei aber schon hier betont, daß H. Mayer grundsätzlich Recht hat, wenn er — abweichend von RG 35, 339 — über die Zugehörigkeit der in § 266 Nr. 1 StGB (a. F.) genannten Personengruppen nicht die Vorschriften des BGB entscheiden lassen will; vgl. hierüber unten S. 223.

mit der Feststellung, daß die Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts auch von anderer Seite einer Kritik unterzogen worden ist und daß die Gegner dieser Auffassung sich neuerdings scheinbar zu sammeln beginnen. So wendet sich v. Hippel[115]) gegen das „Schlagwort in schwankender Gestalt" von der akzessorischen, komplementären, sekundären, subsidiären oder sanktionären Natur des Strafrechts, das doch geschichtlich zum wichtigsten Urbestand des Rechts aller Völker gehöre und dogmatisch wie nach seiner sozialen Bedeutung als grundlegend wichtiger, selbständiger Teil der Rechtsordnung gleichberechtigt neben den anderen großen Rechtsgebieten stehe. Ähnlich hebt Mezger[116]) hervor, daß das Strafrecht „selbständige Rechtswirklichkeit" sei, daß es souverän bestimme, welche Handlungen es in seinem Gebiet zur strafrechtlichen Behandlung zulassen wolle und damit die „verfehlte Lehre" von seiner sekundären Natur widerlege, wie sie insbesondere von Liszt vertreten habe. Berücksichtigt man sodann, daß sich in neuerer Zeit Lobe[117]) speziell für unsere Fragestellung ausdrücklich von dem Dogma der Akzessorietät losgesagt und betont hat, man könne nicht behaupten, daß die Normen des Strafrechts wegen der etwaigen Gleichheit des geschützten Gegenstandes dem bürgerlichen Recht gegenüber akzessorisch und deshalb (!) die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von zivilrechtlichen Begriffen abhängig seien[118]), so hat es wirklich den Anschein, als sei bereits vor 1933 in die geschlossene Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts eine große Bresche geschlagen worden. Dieser Eindruck wird neuerdings auch noch durch einen bemerkenswerten Aufsatz von Hartenstein[119]) bestätigt, der dem allgemeinen Strafrecht das Devisenstrafrecht gegenüberstellt und nur letzteres als in hohem Maße sekundäres Strafrecht bezeichnet, während die Tatbestände, d. h. die einzelnen Tatbestandsmerkmale des StGB in erster Linie strafrechtlicher Natur, also selbständig und einer freieren, vom Zivilrecht abweichenden Auslegung zugänglich seien.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß unsere Hoffnungen in dieser Hinsicht sehr enttäuscht werden. Denn im Grunde handelt es sich bei diesen Einwendungen lediglich um die bereits erwähnte Kritik der Normentheorie Bindings durch Wach und Frank, d. h. um die Zurückweisung ihrer Übertreibungen hinsichtlich der natürlichen, unabhängig von einer Rechtsordnung bestehenden Lebensgüter, also um die Einschränkung der Akzessorietätslehre auf das Gebiet der Vermögensdelikte, bzw.

115) Lehrbuch S. 6; Strafrecht I S. 31 ausführlich; vgl. auch Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre I S. 121: „Damit soll nicht etwa die sekundäre Natur des Strafrechts proklamiert werden. Von logischer Priorität der Rechtsbegriffe vor den Strafrechtsbegriffen kann keine Rede sein . . ."

116) Strafrecht S. 174.

117) Frank-Festgabe S. 35; vgl. auch in Leipz. Komm. S. 4, 24.

118) wie damals (1930) die allgemeine Meinung annehme.

119) Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, Devisenarchiv 1936, 156 ff.

auf die aus anderen Rechtsgebieten angeblich unverändert entlehnten Rechtsbegriffe. Es hätte schon nachdenklich stimmen müssen, daß sich gerade Frank, den wir schon wiederholt als Anhänger des zivilrechtlichen Denkens im Strafrecht erwähnt haben, und v. Hippel, der sogar den von Frank anerkannten „spezifisch strafrechtlichen" Begriff des Gewahrsams ablehnt[120]), zu Wortführern dieser Kritik gemacht haben. Im übrigen gibt v. Hippel ausdrücklich zu, daß strafgesetzliche Verweisungen auf das Zivilrecht häufig vorkommen und eine begriffliche Abhängigkeit des Strafrechts begründen und daß man in diesen Fällen von einer „dogmatischen Akzessorietät" reden könne[121]). Daraus aber ergibt sich, daß mit diesen Einwendungen gegen die Akzessorietätslehre für unsere Fragestellung nach dem Verhältnis der gleichlautenden Begriffe in beiden Rechtsgebieten nichts gewonnen ist. Denn an der begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht wird grundsätzlich festgehalten.

Eine gewisse, aber auch nur scheinbare Ausnahme hiervon macht lediglich Lobe, der die Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts schlechthin, also auch hinsichtlich der begrifflichen Folgerungen ablehnt, sachlich aber an der Abhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von den gleichlautenden Begriffen des Zivilrechts festhält und diese Bindung lediglich etwas anders, nämlich mit der von ihm sog. „Blankettnatur" des Strafrechts begründet[122]). Praktisch übernimmt er deshalb auch die Ergebnisse seiner früheren Arbeit, in deren Mittelpunkt er das Dogma der Akzessorietät gestellt hatte, und sucht sie lediglich durch weitere Beispielsfälle zu unterbauen. Von ihnen brauchen wir nur den Begriff des Bevollmächtigten i. S. des § 266 Nr. 2 StGB (a. F.) herauszugreifen, um nachzuweisen, daß die Lehre von der Blankettnatur der strafrechtlichen Normen in gleicher Weise zur Abhängigkeit des Strafrechts führt wie der Grundsatz der Akzessorietät. Der strafrechtliche Begriff des Bevollmächtigten, wie er von der neueren Rechtsprechung des RG entwickelt worden ist und der in der Tat einen entscheidenden Fortschritt auf dem Wege der Emanzipation des Strafrechts darstellt, wird von Lobe in vollem Umfang abgelehnt, und zwar mit Argumenten, die

120) Lehrbuch S. 237 ff.

121) Lediglich über die sachliche Wichtigkeit sei damit nichts gesagt; vgl. auch von Liszt 25. Aufl. S. 9 Note 6, der dies ebenfalls ausdrücklich zugibt, obwohl er andererseits an der akzessorisch-sekundären Natur des Strafrechts in vollem Umfang festhält.

122) Frank-Festgabe S. 36: „Etwas ganz anderes als Akzessorietät und von dieser völlig verschieden, aber ständig mit ihr verwechselt, ist die Blankettnatur verschiedener Normen des öffentlichen, insbes. des Strafrechts dort, wo diese der Ausfüllung durch Begriffe des bürgerlichen Rechts bedürfen, wo sie Einrichtungen der Privatrechtsordnung ergreifen. Insoweit geben sie den öffentlich-rechtlichen Normen den erforderlichen bestimmten Inhalt und sind daher notwendig von Einfluß auf diese."

ausschließlich dem zivilrechtlichen Denken entnommen und deshalb hier völlig unbrauchbar sind[123]). Zwar soll nicht verkannt werden, daß Lobe, der sich sehr um die Klärung unserer Fragestellung bemüht hat, im einzelnen manch brauchbaren Gesichtspunkt zur Beleuchtung des Problems neu heranbringt, in grundsätzlicher Hinsicht aber stellt seine Arbeit, insbesondere die Lehre von der Blankettnatur des Strafrechts, gegenüber den Ergebnissen seiner früheren Untersuchung keinen Fortschritt dar. Denn als Fortschritt kann die Ersetzung des Akzessorietätsdogmas durch die Lehre von der Blankettnatur wohl kaum angesprochen werden, es sei denn, daß man eine gewisse Zurückdrängung des Rechtsgüterschutzgedankens als solchen buchen will. Für das Verhältnis der Begriffe ändert sich aber damit nichts; im Gegenteil, die nachdrücklich hervorgehobene Blankettnatur des Strafrechts schlechthin eröffnet erneut und sogar in weiterem Umfang die Möglichkeit, ja, sie verleitet direkt dazu, nicht nur auf der Seite der Schutzobjekte, sondern ganz allgemein, aus der gleichen Bezeichnung auf die sachliche Identität der Begriffe zu schließen. Gewiß ist Lobe der Gefahr einer derartigen, durchaus üblichen Verallgemeinerung, die er schon früher erkannt hatte, auch hier nicht erlegen[124]); aber die Kürzung seiner früheren — offenbar als weniger wichtig angesehenen — Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen des EGBGB, die für die richtige Beleuchtung unserer Fragestellung und für die Entscheidung zugunsten einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildung doch zweifellos von Bedeutung sind, wirkt sich wenig fördernd aus und gibt den Befürchtungen einer allzusehr in privatrechtlichen Gedankengängen befangenen Betrachtungsweise neue Nahrung.

So sehr wir demnach die Ausführungen Lobes bei der Darstellung der Emanzipation der einzelnen Begriffe zu berücksichtigen haben, so wenig dürfen wir uns mit seiner grundsätzlichen Stellungnahme zu unserem Problem zufrieden geben. Vielmehr müssen wir vorerst wieder zu dem Ergebnis H. Mayers zurückkehren, der als einziger aus der Ablehnung der Akzessorietätslehre entscheidende Folgerungen für die Begriffsbildung gezogen und sich — wenn auch nur in beschränktem Umfang, so doch — mit zutreffenden grundsätzlichen Erwägungen als Vorkämpfer für eine spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise und Auslegungsmethodik erwiesen hat. Selbst Hirschbergs Lehre von der materiellen Akzessorietät des Strafrechts und der geringeren zivilistischen Salonfähigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale ist gegenüber dem

123) aaO. S. 52; vgl. unten S. 217.

124) vgl. aaO. S. 60: „Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, daß nichts weniger als eine Übereinstimmung der Regelung der bürgerlichen Rechtsordnung und der der Strafrechtsordnung besteht. Diese wird auch bei der Verschiedenheit der Zwecke, die beide Rechtsordnungen verfolgen, nicht durchweg möglich sein. Sie (gemeint ist: die Verschiedenheit; richtiger würde man sagen: die Bindung) darf aber nicht über das unbedingt notwendige Maß hinausgehen."

Standpunkt Lobes als Fortschritt i. S. einer Befreiung des Strafrechts aus zivilistischen Begriffsfesseln zu bezeichnen, obwohl wir andererseits keinen Zweifel darüber gelassen haben, daß die Auffassung H. Mayers von der strafgesetzlichen „Zuschärfung" eines dem natürlichen Sprachgebrauch entnommenen Begriffs gegenüber der Theorie Hirschbergs von dem geringeren Grad privatrechtlicher Vorformung unbedingt den Vorzug verdient. Denn nur jene ermöglicht eine wirklich selbständige, spezifisch strafrechtliche Begriffsbildung und macht den üblichen Umweg über die zivilistische Vorformung der Begriffe entbehrlich. Ob allerdings H. Mayer abweichend von RG 65, 99 denjenigen, der einen anderen um den Erlös zivilrechtlich nichtiger Ansprüche prellt, als Betrüger bestrafen, d. h. zivilistischen Zufälligkeiten keinen entscheidenden Einfluß auf die Frage der Bestrafung einräumen will, erscheint zweifelhaft[125]). Sollte der Gesichtspunkt des Schutzes zivilrechtlicher Rechtsgüter — denn nur um ihn handelt es sich im Grunde bei jenem Grenzfall — so sehr betont werden, daß er der Annahme eines vollendeten Betrugs entgegenstände, so müßten die Ausführungen H. Mayers über die Frage der Begriffsbildung, die wir grundsätzlich als richtig und vorbildlich anerkannt haben, durch eine stärkere Betonung der wirtschaftlich-tatsächlichen Betrachtungsweise oder des kriminellen Gehalts, also durch die vom Willensstrafrecht geforderte Akzentverlagerung auf die Betätigung des verbrecherischen Willens, ergänzt bzw. geändert werden[126]).

10. Damit können wir unsere Untersuchungen über die begrifflichen Auswirkungen der Akzessorietätslehre, insbesondere über die Versuche, trotz grundsätzlicher Anerkennung der sekundären Natur des Strafrechts zu einer den besonderen Bedürfnissen des Strafrechts gerecht werdenden Begriffsbildungs- und Auslegungsmethode zu gelangen, vorläufig abschließen. Die mit der Akzessorietätslehre zusammenhängenden Gesichtspunkte für die Knebelung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale an zivilrechtliche Begriffe und die Möglichkeiten ihrer Befreiung von dem „Joch" des zivilistischen Rechtsdenkens sind im wesentlichen aufgezeigt, zum Teil sogar bis zu Entscheidungsfragen konkretisiert, die letzten Endes von rechtspolitischen Grundvorstellungen über das Wesen des Strafrechts abhängen. Dies gilt vor allem für die Frage, welche Bedeutung dem Gedanken des zivilistisch ausgerichteten Rechtsgüterschutzes eingeräumt und wie sein Verhältnis zu dem im Willensstrafrecht ausschlaggebenden Gesichtspunkt der verbrecherischen Gesinnung, des kriminellen

125) Wir möchten annehmen, daß er von seinem damaligen Standpunkt aus bei nichtigen Ansprüchen keine Vermögensschädigung annimmt; zumal er die Gültigkeit der zivilrechtlichen Vollmacht als Voraussetzung für die Bestrafung wegen Untreue anerkennt; vgl. Bruns (1931) S. 28.

126) Letzten Endes greifen wir damit auf die Unterscheidung Schroeders: Bestrafung des „Erfolgs" (der Rechtsgutverletzung bzw. -gefährdung) oder „der Handlung", des dem Verkehr unsittlich erscheinenden Tuns zurück.

Gehalts der Handlung gestaltet werden soll. In dieser Hinsich kann für uns kein Zweifel bestehen, daß „juristische", d. h. zivilrechtliche Zufälligkeiten einer vom gesunden Volksempfinden geforderten Bestrafung nicht mehr entgegenstehen dürfen und daß die bisherige Lehre von der begrifflichen oder materiellen Akzessorietät mit dem Willensstrafrecht insofern nicht vereinbar ist. Auch Gallas[127]) hält offensichtlich die „akzessorische Rolle, in die das Strafrecht durch die Lehre vom Rechtsgut als konkretem Verletzungsobjekt gedrängt wird", für wenig glücklich und zweckmäßig und betont, daß für die zivilrechtliche und strafrechtliche Beurteilung jeweils verschiedene Betrachtungsweisen notwendig seien. Ebenso läßt sich Dahm[128]) durch die „übliche, auf schwachen Füßen stehende Beweisführung aus der angeblich (!) akzessorischen Natur des Strafrechts gegenüber dem bürgerlichen Recht" nicht überzeugen. Mit der Akzentverlagerung von der Rechtsgutsverletzung zur Pflichtwidrigkeit als den das Wesen des Verbrechens bestimmenden Faktoren ist die wichtigste Brücke, über die zivilrechtliche Gedankengänge bisher ins Strafrecht eindrangen, — wenn auch nicht abgerissen, so doch — gesperrt. Selbst hinsichtlich der Schutzobjekte ist es zweifelhaft geworden, ob ihre zivilistische Umschreibung, d. h. ihre unveränderte Entlehnung aus dem Privatrecht zweckmäßig ist. Die Bindung des Strafrechts darf also insoweit jedenfalls nicht mehr ohne weiteres unterstellt werden. Völlig unzulässig aber ist es, die auch in Zukunft zweifellos in gewissem Umfang bestehende Übereinstimmung einzelner Begriffe zu dem allgemeinen Grundsatz der Identität (Einheitlichkeit) der Rechtsbegriffe schlechthin zu erweitern und ihn als Begründung für ein bestimmtes strafrechtliches Ergebnis zu verwenden. Denn dieser Grundsatz steht der Erreichung der strafrechtlichen Zwecke meist hindernd entgegen. Das läßt sich nur an Hand zahlreicher einzelner Beispiele darlegen, und insoweit müssen wir uns hier mit einer Verweisung auf spätere Ausführungen begnügen. Durch sie werden auch alle übrigen Gesichtspunkte, die wir bisher zugunsten einer Emanzipation des Strafrechts angeführt haben, insbesondere die Notwendigkeit einer volkstümlichen, plastischen, d. h. nicht durch juristische Konstruktionen komplizierten Begriffsbildung sowie das Gebot, die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale i. S. des natürlichen Sprachgebrauchs des täglichen Lebens auszulegen, als richtig bestätigt werden. Damit aber haben wir den Kreis der mit der Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts unmittelbar zusammenhängenden Fragen bereits überschritten und müssen uns nunmehr denjenigen Gesichtspunkten zuwenden, die — völlig unabhängig von der Anerkennung oder Ablehnung des Akzessorietätsdogmas — bei der Erörterung des begrifflichen Verhältnisses des Zivilrechts zum Strafrecht für die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale ins Feld geführt worden sind.

127) Festschrift für Gleispach S. 59.
128) Feststellungsverfahren S. 56.

D. Die Identität der Begriffe des Zivil- und Strafrechts als Voraussetzung für die Bindung des Strafrichters an präjudizielle Entscheidungen des Zivilrichters.

Es ist ein erneuter Beweis für die Vernachlässigung unserer Problemstellung im materiellen Strafrecht unter der Herrschaft des Akzessorietätsprinzips, daß wir einen wesentlichen — viel zu wenig beachteten — Beitrag zu ihrer Lösung strafprozessualen Untersuchungen zu verdanken haben, und zwar solchen, die sich mit der Frage der Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses beschäftigen. Nach § 262 StPO entscheidet der Strafrichter auch über „präjudizielle bürgerliche" Rechtsverhältnisse nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften, also nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung; und es ist anerkannt, daß diese Bestimmung auch auf öffentlich-rechtliche Vorfragen entsprechend anzuwenden ist[1]). In diesem Zusammenhang pflegt herkömmlich die Frage erörtert zu werden, ob und in welchem Umfang der Strafrichter an rechtskräftige präjudizielle Entscheidungen, vor allem des Zivilrichters[2]), gebunden ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt nicht — wie es zunächst scheinen könnte — ausschließlich von prozessualen Erwägungen über die Rechtskraftwirkung des Urteils ab[3]). Die Bejahung der prozessualen Bindung setzt vielmehr die Entscheidung einer sachlich-rechtlichen Vorfrage, nämlich die Feststellung voraus, daß es sich um „dieselbe Rechtsfrage" (eadem questio) handelt, d. h. sie ist bedingt durch die „Identität der abstrakten Rechtsverhältnisse". Gerade deshalb bereitet aber andererseits auch die für unsere Problemstellung erforderliche Ausschaltung prozessualer Gesichtspunkte keine Schwierigkeiten.

1. Eine Bindung des Strafrichters kann also nur insoweit in Betracht kommen, als es sich um die Beurteilung desselben Rechtsverhältnisses handelt, das Gegenstand einer zivilrichterlichen Entscheidung gewesen ist[4]). Lediglich wegen dieser materiell-rechtlichen Vorfrage ist die pro-

1) insbes. auf staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Vorfragen; — vorbehaltlich besonderer Ausnahmen, wie z. B. § 468 RAbgO.; vgl. Löwe-Rosenberg 19. Aufl. 1934 zu § 262 Note 9.

2) Wie bisher entwickeln wir unsere Problemstellung lediglich an Hand der Gegenüberstellung des Zivil- und Strafrechts, da sie sich in grundsätzlicher Hinsicht auch bei den öffentlich-rechtlichen Vorfragen nicht ändert.

3) Sie wird sehr verschieden beantwortet, und zwar nicht nur je nachdem es sich um sog. Urteils- oder Gestaltungswirkungen handelt, sondern auch innerhalb dieser Unterscheidungen.

4) Daß der Strafrichter echte bürgerlich-rechtliche Vorfragen zu beurteilen haben kann und dann auch streng i. S. des Zivilrechts entscheiden muß, ergibt sich aus § 262 StPO ohne weiteres. Diese Tatsache wird bereits durch einen Blick auf die im Generalregister zusammengestellten Entscheidungen des RG in Strafsachen, die zu bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen ergangen sind, eindeutig erwiesen und soll auch durch unsere Arbeit — so sehr wir uns um die Anerkennung einer spezi-

zessuale Fragestellung hier von Bedeutung. Denn sie zwingt dazu, die inhaltliche Übereinstimmung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale und der gleichlautenden zivilrechtlichen Begriffe, die im materiellen Strafrecht kaum als Problem empfunden wird, sorgfältig zu prüfen, und zwar um so mehr, als die Auswirkungen der Entscheidung durch die Bejahung der Vorfrage und der damit eintretenden prozessualen Bindung stark vergrößert und in ihrer Bedeutung erhöht werden. Aber nicht nur diese auffallende Projizierung der Problemstellung auf einen bedeutend mehr beachteten Hintergrund läßt die sachlich-rechtliche Vorfrage besonderes Interesse gewinnen. Ihr weiterer Vorzug besteht für uns darin, daß sie sich auf alle präjudizielle bürgerliche und sonstige Rechtsverhältnisse (Begriffe) erstreckt, also einen großen Teil der Tatbestandsmerkmale — allerdings nicht alle — umfaßt, hinsichtlich derer wir die Frage nach der begrifflichen Bindung des Strafrechts aufgeworfen haben. Eine präjudizielle Entscheidung ist nämlich nur hinsichtlich bestimmter „Rechtsverhältnisse" möglich. Daraus aber folgt zunächst, daß eine große Zahl der vom Strafrecht geschützten „Rechtsgüter", nämlich die juristisch nicht vorgeformten Schutzobjekte, wie Leben, Ehre, Freiheit, Sittlichkeit u. a.[5]) von vorneherein als für die Frage der Präjudizialität nicht geeignet ausscheiden müssen; im wesentlichen werden also von den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur solche über vermögens- oder familienrechtliche Rechtsverhältnisse als Gegenstand einer präjudiziellen Entscheidung i. S. des § 262 StPO in Betracht kommen. Damit ergibt sich eine durchaus ähnliche rechtliche Lage, wie wir sie anläßlich der Erörterungen über die Beschränkung der Akzessorietätslehre auf die Vermögensdelikte und ihre begrifflichen Auswirkungen kennen gelernt haben. Die hier gewonnene Problemstellung ist sogar richtiger und für unsere Untersuchung geeigneter, weil sie sich nicht auf vermögensrechtliche Begriffe beschränkt, sondern alle aus anderen Rechtsgebieten angeblich übernommenen, insbesondere auch die familienrechtlichen Begriffe, mit umfaßt, während die aus dem Akzessorietätsprinzip folgende begriffliche Abhängigkeit des Strafrechts auf vermögensrechtlichem Gebiet in nicht unbedenklicher Weise erst dahingehend verallgemeinert werden mußte. Die Ähnlichkeit der Fragestellung wird auch durch die weitgehende Übereinstimmung des untersuchten Materials, bei dem ebenfalls der Begriff der Verwandtschaft eine große Rolle spielt, bestätigt.

Der prozessuale Ausgangspunkt (§ 262 StPO) hat vor allem aber den großen Vorzug, daß der Gedanke des Rechtsgüterschutzes nicht

sisch strafrechtlichen Betrachtungsweise bemühen — nicht in Zweifel gezogen werden. — Andererseits läßt sich aus der zuweilen zwingend vorgeschriebenen Bindung (vgl. z. B. § 468 RAbgO.) auf die sachliche Identität des Rechtsverhältnisses schließen. An der strafrechtlichen Natur der Entscheidung ändert sich jedoch in den Fällen des § 262 StPO nichts.

5) sowie die sie umschreibenden Tatbestandsmerkmale.

so sehr im Mittelpunkt der Betrachtung steht wie innerhalb der Akzessorietätslehre, und daß infolgedessen die Problemstellung von der angeblichen Notwendigkeit einer einheitlichen, meist zivilrechtlichen Umschreibung der Schutzobjekte entlastet wird. Präjudizielle Rechtsverhältnisse kommen nämlich an den verschiedensten Stellen des Tatbestandes vor; sie dienen nicht nur der Umschreibung des Schutzobjekts, sondern in gleicher Weise der Typisierung des Täters, der Handlung und ihrer Modalitäten. Der Umschwung, der mit dieser Verallgemeinerung der Fragestellung verbunden ist, zeigt sich am deutlichsten darin, daß nicht mehr die „Schutzobjekte" den Hauptgegenstand der Erörterungen bilden, sondern daß das Tatbestandsmerkmal „unehelich" i. S. des § 217 StGB, — das offensichtlich mit dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes nichts zu tun hat, sondern als „objektiv gefaßtes Schuldmerkmal"[6]) der Tätertypisierung und damit der Umschreibung des kriminellen Gehalts der Handlung dient — als Schulbeispiel bevorzugt wird. Da gerade hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals die Unzulässigkeit einer streng zivilistischen Betrachtungsweise frühzeitig von seiten der Prozessualisten erkannt worden war, erhielten ihre Untersuchungen von Anfang an einen Akzent, der — ganz im Gegensatz zu den am Akzessorietätsprinzip ausgerichteten Arbeiten im materiellen Strafrecht — die begriffliche Emanzipation der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale weitgehend erleichterte, sie teilweise sogar offensichtlich begünstigte. Allgemein gesehen wird die Frage der Übereinstimmung der gleichlautenden Begriffe in verschiedenen Rechtsgebieten gerade dort zum Problem erhoben, wo sie von den Anhängern der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts durchweg als selbstverständlich bejaht zu werden pflegt; und das Verdienst der Prozessualisten besteht u. a. darin, daß sie den Grundsatz, daß die gleiche Bezeichnung nicht auf sachliche Kongruenz der Begriffe schließen lasse, nicht nur als theoretisches Prinzip anerkannt, sondern auch ernsthaft durchzuführen versucht haben[7]). Allerdings wird das begriffliche Verhältnis des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten auch hier lediglich als Vorfrage erörtert. Da aber die Untersuchungen hierunter nicht leiden, sich auch nicht auf die Erörterung einzelner Beispielsfälle beschränken, sondern unter allgemeinen und grundsätzlichen Gesichtspunkten durchgeführt werden, lohnt es sich durchaus, von diesem wesentlich veränderten Ausgangspunkt erneut an die Lösung der Frage nach dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Strafrechts heranzugehen.

2. Die prozessualen Untersuchungen über dieses Thema lassen sich

6) Diese Erkenntnis verdanken wir der Schrift Thierfelders: „Objektiv gefaßte Schuldmerkmale"; Strafrechtliche Abhandlungen Heft 308.

7) und zwar bereits zu einer Zeit, in der zur Unterstützung dieses Versuchs noch nicht auf die Vorschriften des EGBGB, insbes. den Art. 33 EG, hingewiesen werden konnte, in der andererseits aber auch die zivilistische Doktrin noch weniger mächtig war.

zurückverfolgen bis zu Glaser[8]), der es schon im Jahre 1885 beklagte, daß die materielle Frage nach der Identität der Begriffe zu Unrecht unter dem formellen Gesichtspunkt der prozessualen Bindung betrachtet werde; er wies wohl als erster darauf hin, daß zunächst die sachlich-rechtliche Vorfrage beantwortet werden müsse, „ob das Merkmal, welches die Anwendbarkeit einer strafrechtlichen Vorschrift bedingt, im Sinne der letzteren genau mit dem zivilrechtlichen Verhältnis, auf das der Ausdruck hinweist, zusammenfällt, oder ob die letztere in einem natürlichen, auf zivilrechtliche Auslegung und künstliche Konstruktionen nicht berechneten Sinn zu nehmen ist"[9]). Für die Entscheidung dieser Auslegungsfrage, die abschließend nur an Hand des einzelnen Falles getroffen werden könne, sei von folgender Unterscheidung auszugehen: „Will das Strafgesetz ein zivilrechtliches Verhältnis als solches schützen, oder will es nur gewisse Folgerungen aus der jenem gewöhnlich zugrundeliegenden Sachlage ziehen?" Im ersteren Fall sei an der Verwendung eines zivilrechtlichen Begriffs im juristisch-technischen Sinn und damit an der Identität der Begriffe, die somit die Grundlage der prozessualen Bindung darstelle, nicht zu zweifeln.

> *„Wo dagegen klar ist, daß das Strafgesetz präzisen, zivilrechtlichen Begriffen ausweichen oder daß es mit Ausdrücken, welche auch dem Zivilrecht angehören, nur Verhältnisse bezeichnen wollte, welche in erster Linie für das sittliche Urteil über die Tat[10]) des Angeklagten maßgebend sind, da kann der Strafrichter nur auf die tatsächlich bestehenden (Verhältnisse), nicht auf technische Konstruktionen sein Urteil gründen."*

Wie sich diese Unterscheidung auswirkt, zeigt Glaser an mehreren, hauptsächlich familienrechtlichen Beispielen, von denen wir als das lehrreichste das Tatbestandsmerkmal „unehelich" i. S. des § 217 StGB herausgreifen: Für die mildere Bestrafung ist die tatsächliche Zwangslage der Mutter, nicht die zivilrechtliche Beurteilung der Ehelichkeit des Kindes maßgebend, so daß also auch bei Tötung eines nicht vom Ehemann erzeugten, aber während der Ehe geborenen und deshalb zivilrechtlich als ehelich geltenden Kindes die Anwendbarkeit des § 217 StGB nicht mit der zivilistischen Begründung verneint werden darf, es fehle an dem Merkmal der Unehelichkeit[11]). Ähnlich sind nach Glaser bei „Begünstigungen", die an zivilrechtliche Verhältnisse anknüpfen, die gesetzlichen Voraussetzungen der Privilegierung auch dann als gegeben anzusehen,

8) Handbuch des Strafprozesses 2. Band § 67 S. 89 bis 92.

9) aaO. S. 89/90.

10) Hier klingt ein ähnlicher Gesichtspunkt an wie bei der Unterscheidung Schroeders; vgl. oben S. 67.

11) Auch für den strafrechtlichen Begriff der Verwandtschaft i. S. der §§ 173, 215, 223 Abs. 2 StGB sei das natürliche, nicht das auf zivilrechtlichen Normen beruhende Verhältnis entscheidend; vgl. ausführlich unten S. 172 ff.

wenn lediglich die natürlichen Tatsachen vorliegen, welche die regelmäßige Voraussetzung jener zivilrechtlichen Verhältnisse bilden[12]).

Einen Ausbau und eine wesentliche Vertiefung erfuhr diese Lehre, die auch von Kries unverändert übernommen hatte[13]), und die in der Tat neues Licht auf unsere Problemstellung wirft, dann durch Kuttner. Durch seine ganze Arbeit über die Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses zieht sich wie ein roter Faden die entscheidende Vorfrage hindurch: Knüpft das Strafrecht genau an ein bestimmtes privatrechtliches Rechtsverhältnis an, um es als exakten Unterbau seiner Strafbestimmungen zu verwerten, oder weicht es dem präzisen privatrechtlichen Begriff aus, indem es nur in ähnlicher Redeweise und ohne denselben Sinn damit zu verbinden „rein tatsächliche Konstellationen" ins Auge faßt, also einen „selbständigen" strafrechtlichen Begriff als Tatbestandsmerkmal verwendet und deshalb den strafrechtlichen Tatbestand dem Sinne nach ganz unabhängig von ähnlich gelagerten zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen normiert?[14]) Eine prozessuale Bindung könne, so betont Kuttner wiederholt, nur dort in Betracht kommen, wo die strafrichterliche Entscheidung ganz genau von der Beurteilung eines bestimmten privatrechtlichen Rechtsverhältnisses im technischen Sinn abhängig ist und nicht von der Beurteilung des tatsächlichen Lebensvorgangs. Es sei eine sehr stiefmütterlich behandelte Auslegungsfrage des sachlichen Strafrechts[15]), ob der Strafgesetzgeber ein bestimmtes zivilrechtliches Rechtsverhältnis in seiner formal-juristischen, zivilistischen Struktur schützen und insoweit begrifflich abhängig sein will oder „ob er nur in unscharfer Sprechweise tatsächliche Lebensvorgänge treffen will, die mit Ausdrücken aus dem Sprachschatz des Zivilrechts beschrieben werden, ohne daß damit eine exakte Anknüpfung an das Bestehen privatrechtlicher Rechtsverhältnisse beabsichtigt ist." In letzterem Fall „stehen sich unter scheinbar gleichen Decknamen zwei inkongruente Begriffe gegenüber"[16]).

12) vgl. die häufigen Privilegierungen für Angehörige, insbes. Verwandte; diese müßten danach auch dann privilegiert werden, wenn die bestehenden natürlich-physiologischen Beziehungen nicht vom Zivilrecht anerkannt würden. Über das hierzu von Saunus gegebene Beispiel des Diebstahls unter Ehegatten (§ 247 Abs. 2 StGB) bei absolut nichtiger Ehe vgl. unten S. 93.

13) Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts 1892 S. 559 Note 1; seine Klage, daß das materielle Strafrecht diese Problemstellung nicht oder kaum behandele, kehrt seitdem in den einschlägigen strafprozessualen Untersuchungen ständig wieder.

14) vgl. S. 31, 36, 73, 75, 220, 229, wo dieselbe Fragestellung immer wiederkehrt.

15) die aber seit der Arbeit von Lobe 1898 keine erschöpfende Bearbeitung mehr gefunden habe.

16) Dies sei z. B. hinsichtlich des strafrechtlichen Begriffs der Verwandtschaft i. S. des § 173, der Unehelichkeit i. S. des § 217, des Gewahrsams u. a. anzunehmen. Auch hinsichtlich des Begriffs „Eltern" i. S. der §§ 235, 181 Nr. 2 StGB müsse geprüft werden, ob darunter nur die leiblichen Eltern oder die Eltern i. S. des bürgerlichen Rechts (einschließlich der Adoptiveltern) oder i. S. eines tat-

3. Während sich Kuttner im wesentlichen mit einer klaren Herausarbeitung der Problemstellung begnügt und sie lediglich an Hand einzelner Beispiele erläutert, versucht Saunus[17]) diese Lehre auf breiterer Grundlage durchzuführen. Für die Entscheidung der Auslegungsfrage, ob das Strafgesetz den Schutz eines Rechtsverhältnisses im zivilrechtlich-technischen Sinn des BGB beabsichtige oder „lediglich natürliche Zustände im Auge habe, die zwar mit den technischen Begriffen des bürgerlichen Rechts zusammenfallen können, ihm regelmäßig zugrundeliegen, es aber nicht zu tun brauchen", lasse sich zwar keine allgemeingültige Norm aufstellen, wohl aber sei es möglich, für die einheitliche Beantwortung der Frage nach der „Identität der abstrakten Rechtsverhältnisse" und damit der Kongruenz der Begriffe drei Gruppen von Fällen zu bilden, nämlich jeweils die Strafbestimmungen zusammenzufassen, die dem Schutz vermögensrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse oder familienrechtlicher und ethischer Beziehungen dienen. Lediglich für die letztere Gruppe könne eine selbständige, vom Zivilrecht abweichende strafrechtliche Begriffsbildung festgestellt werden, denn hier bestehe, wie sich vor allem hinsichtlich des Begriffs „Verwandtschaft" ergebe, neben dem juristisch-technischen Verhältnis des bürgerlichen Rechts ein natürliches Verhältnis, und dieses physiologisch-tatsächliche Verhältnis sei Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes[18]). Eine derartige Divergenz der Begriffe sei bei den Strafbestimmungen zum Schutz vermögensrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verhältnisse nicht möglich, da es bei ihnen neben dem juristisch-technischen, dem spezifischen Rechtsverhältnis, ein ähnliches oder entsprechendes natürliches Lebensverhältnis, das der Strafgesetzgeber könnte schützen wollen, nicht gebe[19]). Gerade auf vermögensrechtlichem Gebiet hätten die präzisen Begriffe des bürgerlichen Rechts schon weiten Boden gewonnen und die „ungenauen farblosen" Begriffe aus dem Volksbewußtsein zum größten Teil verdrängt[20]). Infolgedessen sei hier eine

sächlichen Lebensverhältnisses, also auch die Stief- und Pflegeeltern, zu verstehen seien; erst dann könne die Frage der prozessualen Bindung des Strafrichters erörtert und je nachdem verschieden beantwortet werden.

17) Königsberger Dissertation 1918, insbes. S. 8 und 34 ff.; vgl. neuerdings Karl-Heinz König, Die Bindung des Richters an präjudizielle Urteile anderer Gerichte, Freiburger Dissertation 1934, der sich im grundsätzlichen Ausgangspunkt (S. 15 ff.) an Saunus anschließt. Auch Saunus betont, daß es im einzelnen einer genauen Vergleichung der Begriffe beider Rechtsmaterien bedürfe, die aber immer noch nicht durchgeführt sei.

18) der dabei auch ethische Gesichtspunkte mit berücksichtige.

19) Im Grunde handelt es sich um die Unterscheidung zwischen „Kunstgebilden des Rechts" und Gegenständen der realen Erscheinungswelt, die wir schon öfters kennengelernt haben; sie ist hier aber zweifellos fehl am Platz, da z. B. der Begriff des Vermögens auch ohne zivilrechtliche Anerkennung im Leben eine große Rolle spielt.

20) Diese fortschreitende „Präzisierung" der Begriffe i. S. einer „Assimilation an das technisch-bürgerliche Recht" ist im Grunde nichts anderes als die allgemeine „Farbenblindheit", auf die Lobe bereits hingewiesen hat; vgl. oben S. 59.

Konzession an den Sprachgebrauch des juristisch nicht durchgebildeten Volkes, wie sie durch die erwähnte Unterscheidung gemacht werde, weder erforderlich noch angebracht.

Schon nach dem bisherigen Stand der Darstellung kann es nicht zweifelhaft sein, daß dieser Versuch, bestimmte Gruppen zu bilden und einheitlich zu beurteilen, sich als verfehlt herausstellen mußte; und wir werden noch zu zeigen haben, daß sich allenfalls hinsichtlich der familienrechtlichen Begriffe eine gemeinsame Aussage machen läßt, während die behauptete allgemeine Übereinstimmung der öffentlich-rechtlichen Begriffe schon durch den Hinweis auf den selbständigen, strafrechtlichen Beamtenbegriff (§ 359 StGB) widerlegt wird. Nicht weniger groß sind die Bedenken gegen die Aufrechterhaltung der begrifflichen Abhängigkeit im Strafrecht auf vermögensrechtlichem Gebiet, und es wird nicht schwer fallen, z. B. durch den Hinweis auf den wirtschaftlichen Vermögensbegriff, auch insoweit die Unrichtigkeit der Saunus'schen Ausführungen zu beweisen. Was insbesondere die angebliche Assimilation des natürlichen Sprachgebrauchs des Volkes an die juristisch-technische Ausdrucksweise des bürgerlichen Rechts anbetrifft, so scheint uns Saunus damit lediglich auf die rechtspolitisch bedingte Tendenz einer allgemeinen Zivilisierung des Rechts hingewiesen, ja sogar die Ausbreitung des zivilistischen Rechtsdenkens im Strafrecht befürwortet und unterstützt zu haben. Infolgedessen können diese seine Ausführungen gegenüber dem Stand der zuletzt von Kuttner vertretenen Lehre nicht als Fortschritt bezeichnet werden[21]). Wir begnügen uns deshalb damit, aus der Untersuchung über die Begriffsabweichungen auf familienrechtlichem Gebiet nur kurz folgende Einzelheiten als erwähnenswert hervorzuheben:

Aus der Anerkennung eines besonderen selbständigen strafrechtlichen Verwandtschaftsbegriffs ergibt sich im wesentlichen, daß die physiologische Abstammung Verwandtschaft i. S. der strafrechtlichen Bestimmungen begründet, und zwar ohne Rücksicht auf das Vorliegen entsprechender familienrechtlicher Beziehungen. Ob auch umgekehrt beim Fehlen der phy-

21) Insbes. ist es nicht richtig, wenn Saunus (S. 10) — in Anschluß an Glaser (S. 89 Note 4) — behauptet, der Strafrichter müsse bei der Beurteilung eines zivilrechtlichen Verhältnisses in juristisch-technischem Sinn auch alle zivilrechtlichen Vermutungen, Fiktionen und Willkürakte der Beteiligten gemäß dem ihnen nach bürgerlichem Recht zukommenden Einfluß berücksichtigen. Vielmehr ist anerkannt (vgl. Löwe-Rosenberg zu § 262 Note 8), daß der Grundsatz der freien Beweiswürdigung sich auch auf die vom Strafrichter zu lösenden bürgerlich-rechtlichen Vorfragen erstreckt, so daß die Entscheidung ohne Bindung an Parteiverfügungen, Beweisregeln, widerlegbare Vermutungen usw. ergehen muß, lediglich auf Grund der Tatsachen, die sich wirklich ereignet haben. Insoweit kann auch noch heute, obwohl der Gegensatz der Verfahrensformen durch die Einführung der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß an Schärfe eingebüßt hat, von dem Vorrang des strafprozessualen Prinzips der Erforschung der materiellen Wahrheit gegenüber dem zivilprozessualen Grundsatz der formellen Wahrheit gesprochen werden.

siologischen Verwandtschaft gleichwohl Verwandtschaft im strafrechtlichen Sinn des § 173 Abs. 2 des StGB dann anzunehmen ist, wenn lediglich die bürgerlich-rechtlichen Voraussetzungen der Verwandtschaft gegeben sind und (!) zur Begründung einer „tatsächlichen" Familiengemeinschaft geführt haben[22]), ist insofern keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, als ihre Beantwortung, gleich in welchem Sinne, an der Unabhängigkeit des selbständigen strafrechtlichen Verwandtschaftsbegriffs nichts ändert[23]). Wichtiger erscheint hier eine Stellungnahme zu der Frage, ob auch bei absolut nichtiger Ehe[24]) eine Bestrafung des Ehemannes wegen vollendeter schwerer Kuppelei (§ 181 Nr. 2 StGB) möglich ist. Denn die Notwendigkeit einer streng zivilrechtlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Ehe" wird zum mindesten im Schrifttum fast allgemein betont[25]) und daraus gefolgert, daß eine absolut nichtige Ehe (Nichtehe) nicht als Ehe im Rechtssinn, auch nicht im strafrechtlichen Sinn anzuerkennen ist. Gleichwohl neigen auch wir dazu, in diesem Falle lediglich aus der „tatsächlich" bestehenden Ehegemeinschaft eine besondere Pflichtenstellung des „Ehemannes" und damit dessen erhöhte Verantwortung i. S. des Strafrechts, insbesondere der § 181 Nr. 2 StGB, herzuleiten, also auch insoweit von der streng zivilistischen Betrachtungsweise abzuweichen[26]). Deshalb billigen wir es auch, wenn Saunus — über Glaser hinausgehend — nicht nur bei Privilegierungen, sondern auch bei Strafschärfungen be-

22) Saunus aaO. S. 12 ff. neigt dazu, diese Frage zu bejahen.

23) Dieser Beispielsfall verdient jedoch deshalb Beachtung, weil er zu der allgemeineren Frage überleitet, ob und wann trotz Erfüllung der zivilrechtlichen Voraussetzungen eines Rechtsbegriffs das gleichlautende strafrechtliche Tatbestandsmerkmal **nicht** als gegeben angesehen werden kann. Diese Fälle, in denen eine streng zivilistische Betrachtungsweise nicht einmal genügt, in denen also das Strafrecht nicht geringere, sondern erhöhte Voraussetzungen aufstellt als das Zivilrecht, bilden eine besondere Gruppe innerhalb der allgemeinen begrifflichen Emanzipation des Strafrechts, auf die wir noch zurückkommen werden. Vgl. unten S. 179, 288. Ein Beispiel haben wir bereits in dem Tatbestandsmerkmal „kaufen—verkaufen" i. S. der §§ 109, 184, 259 StGB kennen gelernt, dessen Bejahung im strafrechtlichen Sinn über die zivilrechtliche Bedeutung hinaus an besondere weitere Voraussetzungen geknüpft ist.

24) Bei der einfachen Nichtigkeit ist die Rechtslage anders; vgl. unten S. 176.

25) anders mit Recht Schwinge (Begriffsbildung) S. 70 in Anlehnung an die Rechtsprechung.

26) Auch dieser — praktisch allerdings nicht sehr wichtige — Fall stellt nur ein Beispiel für eine besondere Gruppe von Fällen dar, auf die wir noch näher eingehen werden; hier mag das Aufzeigen der Problemstellung und der Hinweis genügen, daß es nicht angeht, mit Müller aaO. S. 547 und Binding Lehrbuch I S. 525 erst unter den Voraussetzungen der §§ 1317, 1324 BGB, also erst nach 10 bezw. 3jähriger Frist das Bestehen einer Ehe im strafrechtlichen Sinn anzunehmen und von diesen zivilistischen Zufälligkeiten die Bestrafung abhängig zu machen. Dagegen würde es wiederum zu weit führen, wenn man auch bei bloß tatsächlichem Zusammenleben (bei sog. wilder Ehe) eine derartige Verpflichtung des Mannes bejahen wollte. Diese Abgrenzung nahe beieinanderliegender, aber doch verschiedener Dinge wird uns noch öfters Schwierigkeiten machen.

reits die tatsächlichen Lebensverhältnisse, die regelmäßig den entsprechenden juristischen Beziehungen zugrundeliegen, in strafrechtlicher Beziehung als genügend ansehen will[27]). Ebenso wie die tatsächlich-natürlichen Verhältnisse Vergünstigungen zur Folge haben können, müssen sie andererseits auch entsprechende Pflichten auf dem Gebiet des Strafrechts begründen und — unabhängig von ihrer zivilrechtlichen Anerkennung — zur Bejahung der strafrechtlichen Voraussetzungen genügen. Auch dieses Ergebnis, das wir später näher begründen werden[28]), ist lediglich eine Folgerung aus dem Grundsatz, daß selbst bei gleicher Bezeichnung die Wertung, d. h. die Auslegung eines Begriffs verschieden sein kann, je nachdem bürgerlich-rechtliche, insbesondere rechtsgeschäftliche, oder strafrechtlich-sittliche Gesichtspunkte eine ausschlaggebende Rolle spielen[29]).

Das wird im Grunde auch von Wurzer anerkannt, der sich einige Zeit später abermals mit dem „Einfluß des rechtskräftigen Zivilurteils auf das Strafurteil" beschäftigt[30]), dessen Ausführungen im übrigen aber die uns interessierende Vorfrage nach dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Strafrechts kaum berühren und auch das prozessuale Problem nur wenig fördern[31]). Denn die Gesichtspunkte, nach denen Wurzer die Frage zu entscheiden vorschlägt[32]), ob das Strafgesetz ein bestimmtes zivilrechtliches Rechtsverhältnis schützen will, sind nicht neu, sondern im wesentlichen den Motiven zur StPO entnommen[33]). Danach ist eine Bindung des Strafrichters dort anzunehmen, wo es sich um strafrechtlich geschützte Rechtsverhältnisse handelt, die durch Willenserklärungen der „Beteiligten" begründet und abgeändert werden, dagegen dort zu verneinen, wo die fraglichen Rechtsbeziehungen durch natürliche Ereignisse, wie z. B. Zeugung, Geburt u. a. entstanden sind[34]). Nach den bisherigen Ausführungen erscheint es verständlich und naheliegend, daß man versucht, aus diesen Richtlinien für die Entscheidung der Frage nach der prozessualen Bindung Folgerungen für das Verhältnis der Begriffe zu ziehen, und dieser Versuch ist — wenn auch nicht von Wurzer, der die Bindungsfrage überhaupt nicht auf die begriffliche Vorfrage

27) d. h. die absolut nichtige Ehe genügt in gleicher Weise zur Begründung einer schwereren Strafe aus § 181 Nr. 2 StGB wie zur Gewährung von Straffreiheit gemäß § 247 Abs. 2 StGB; vgl. Saunus aaO. S. 14.

28) vgl. unten S. 268 fg.

29) so Saunus aaO.

30) GS 89, 107, insbes. 116 ff.

31) Die Bedeutung dieser Vorfrage ist nicht erkannt. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet ein typisches Bekenntnis zum Akzessorietätsprinzip, allerdings in prozessualem Gewande: „Die Strafrechtspflege verhält sich zum Privatrecht wie das Mittel zum Zweck; der rechtsschützende Strafprozeß ist dem rechtserzeugenden Zivilprozeß untergeordnet". aaO. S. 114.

32) deren Bejahung die Voraussetzung für die prozessuale Bindung darstelle.

33) vgl. Löwe-Rosenberg zu § 262 Vorbemerkung: Motive S. 188, 189.

34) vgl. hierüber auch Saunus aaO. S. 34.

zurückführt, so doch — von Saunus bereits gemacht worden. Er gliedert die Richtlinien der Motive zur StPO in seine Lehre ein (und verkoppelt damit die prozessuale Frage der Bindung und die materielle der begrifflichen Identität), indem er eine Begründung von Rechtsverhältnissen durch natürliche Ereignisse gerade in denjenigen Fällen als gegeben annimmt[35]), „in denen das Strafrecht unbedingt die objektiven natürlichen Tatsachen seiner Rechtsfolge zugrunde legt und nicht das auf die Evidenz dieser Tatsachen aufgebaute bürgerliche Verhältnis in seiner technischen Bedeutung schützen will"[36]). Nun soll nicht bestritten werden, daß im einzelnen Fall diese Voraussetzungen in der geschilderten Weise zusammentreffen können, z. B. hinsichtlich der durch uneheliche Geburt vermittelten Verwandtschaft, und daß zuweilen die von den Motiven angedeutete Beantwortung der Frage nach der prozessualen Bindung einen zufällig richtigen Fingerzeig für die Annahme oder Ablehnung der begrifflichen Identität des Rechtsverhältnisses geben kann. Grundsätzlich aber halten wir diese Unterscheidung[37]) für die Lösung der materiellen Frage nach der Identität der Begriffe für unbrauchbar. Die rein formale, äußerliche Betrachtungsweise, „wodurch" die Rechtsverhältnisse entstanden und ob sie der Parteiverfügung entzogen sind oder nicht, besagt nichts über ihren Inhalt, insbesondere nichts darüber, ob das Strafrecht diese Rechtsverhältnisse in ihrer streng juristischen Form oder die ihnen zugrundeliegenden Lebenstatsachen schützen will. Die von den Motiven zur StPO für die Beurteilung der prozessualen Bindung angedeutete Unterscheidung kann deshalb für die Lösung der Frage der Identität der abstrakten Rechtsverhältnisse, also nach der Kongruenz der gleichlautenden Begriffe nicht maßgebend sein; und es ist nötig, bereits hier darauf hinzuweisen, daß wir gerade bei den durch Willenserklärungen begründeten Rechtsverhältnissen weitgehend zu einer vom Zivilrecht abweichenden tatsächlichen Betrachtungsweise, zu einer spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung und Auslegungsmethodik gelangen werden[38]).

Diese Richtigstellung war erforderlich, um den Fortschritt, der schon in der aufgeworfenen, grundsätzlich neuen Fragestellung der strafprozessualen Untersuchungen liegt, um so mehr anerkennen zu können. Denn es handelt sich offensichtlich um einen verdienstvollen Ansatz zur Lösung

35) und demgemäß eine Bindung verneint.

36) Saunus aaO.; in diesen Fällen gehe das Strafrecht und das bürgerliche Recht von verschiedenen Begriffen aus, und es liege mangels sachlicher Kongruenz überhaupt keine Präjudizialität vor, so daß eine prozessuale Bindung schon aus diesem Grunde nicht in Betracht komme.

37) die schon Kuttner (aaO. S. 33 gegen Ullmann, Lehrbuch des Strafprozeßrechts 1893 S. 295) als unzutreffend bezeichnet hat.

38) Die zivilrechtliche Nichtigkeit der Vollmacht, des Verlöbnisses, der Ehe, der Vormundschaftsbestellung, des Versicherungs- und Söldnervertrags u. a. ist für die strafrechtliche Beurteilung ohne entscheidende Bedeutung; vgl. unten S. 268, 287 fg.

des Strafrechts aus den Fesseln des zivilistischen Rechtsdenkens, um den Versuch, die strafrechtliche Begriffsbildung von der zivilrechtlichen, d. h. in diesem Zusammenhang formaljuristischen Ebene auf die natürlich-tatsächliche des gewöhnlichen Sprachgebrauchs zu verpflanzen[39]). Bei dem schon mehrfach beklagten Mangel an derartigen Bemühungen ist dieser neu aufgezeigte Weg zu begrüßen und — weil er im materiellen Strafrecht kaum gewürdigt worden ist — nachdrücklich zu betonen. Hierzu besteht um so mehr Veranlassung, als sich in letzter Zeit sogar auf strafprozessualer Seite die Neigung bemerkbar macht, seine Bedeutung herabzusetzen. So erwähnt Kern[40]) beiläufig, im Schrifttum werde gelegentlich darauf hingewiesen, daß von einer Präjudizialität dort nicht die Rede sein könne, wo Strafrecht und Zivilrecht mit verschiedenen Begriffen arbeiten. Er findet dann aber kein anderes Beispiel zur Verdeutlichung dieses Gedankengangs als die Verschiedenheit des Fahrlässigkeitsbegriffs im Zivil- und Strafrecht, die er sachlich auch anerkennt. Da er aber offensichtlich im übrigen die Möglichkeit verschiedener Auslegung gleichlautender Begriffe nicht in Erwägung zieht, bezeichnet er die ganze Untersuchung in dieser Richtung deshalb als „verfehlt", weil es sich garnicht um die Feststellung von „Rechtsverhältnissen" handele. Es ist zu bedauern, daß auf diese Art und Weise ein offensichtlich falsch gewähltes Beispiel[41]) den Anlaß gibt, um eine durchaus beachtliche Unterscheidung und die ihr zugrundeliegende Erkenntnis vorschnell abzulehnen, deren Brauchbarkeit — zum mindesten in bestimmten Fällen — durch die Auswahl passender Beispiele nachweisbar gewesen wäre. Daß mit dieser Bemerkung Kerns[42]) die aufgezeigte Problemstellung als solche nicht abgetan werden kann, bedarf keiner weiteren Begründung.

Wohl aber ist es angebracht, darauf hinzuweisen, daß die von den Prozessualisten behandelte materielle Vorfrage bei der Anwendung des § 136 GVG wiederkehrt und dort zu ähnlichen Erwägungen Anlaß gegeben hat. Auch die Entscheidung darüber, ob eine „Identität der Rechtsfrage" im Sinn des § 136 GVG vorliegt, ist durch die Gleichheit der begrifflichen Bezeichnung, des Ausdrucks, noch nicht ohne weiteres gegeben; vielmehr muß auch hier berücksichtigt werden[43]), daß die nämliche Bezeichnung an verschiedenen Gesetzesstellen eine verschiedene Bedeutung haben kann. Mit Recht hat Graf zu Dohna

39) Obwohl diese Tendenz und ihre rechtspolitische Bedingtheit den strafprozessualen Schriftstellern, die sich lediglich um die sorgfältige Lösung einer sie interessierenden Rechtsfrage bemühen, nicht bewußt geworden ist.

40) RG Festgabe Bd. V S. 135.

41) Hier zeigt sich, daß sich die prozessuale Problemstellung also nicht ganz mit dem Umfang unserer Arbeit deckt.

42) die im Hinblick auf das vorerwähnte Schrifttum eigentlich unverständlich erscheint.

43) und ist auch durchweg beachtet worden.

genauer darauf hingewiesen[44]), daß es eigentlich weniger darauf ankomme, ob die Rechtsfrage die gleiche sei, als vielmehr darauf, ob ihre Beantwortung verschieden ausfallen dürfe; und diese letztere Möglichkeit ist grundsätzlich zu bejahen, „weil derselbe Rechtsbegriff seinen Inhalt wechselt, wenn er auf verschiedenen Rechtsgebieten Verwendung findet"[45]). Auch hier zwingt eine Einzelbestimmung, die Frage nach der Identität der Rechtsbegriffe im Einzelfall zu beantworten, und bestätigt damit das allgemeine Bedürfnis, das begriffliche Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht in weiterem Umfang grundsätzlich klarzustellen, als es bisher geschehen ist.

4. Der in dieser Hinsicht durch die strafprozessualen Untersuchungen erzielte Fortschritt besteht im wesentlichen in einer neuen und *verfeinerten Fragestellung*, die sich erheblich von derjenigen unterscheidet, die wir unter der Herrschaft des Akzessorietätsprinzips im Strafrecht kennen gelernt haben. Entscheidend ist nicht mehr, ob ein „zivilistisches Rechtsgut", insbesondere ein subjektives Privatrecht (im Gegensatz zu anderen juristisch nicht vorgeformten Rechtsgütern) das Schutzobjekt des Strafrechts bildet; ja es handelt sich — wie die Erörterungen zum Begriff „unehelich" i. S. des § 217 StGB zeigen — überhaupt nicht mehr ausschließlich um den Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes im Sinne eines allein ausschlaggebenden strafrechtlichen Grundprinzips und seine begrifflichen Auswirkungen, sondern bei allen spezifischen „Rechtsbegriffen", die der Umschreibung von „Rechtsverhältnissen" dienen, wird die neue Frage aufgeworfen, ob ein Rechtsverhältnis als juristische Konstruktion, als abstrakte Rechtsform, oder sein Inhalt, nämlich das ihm regelmäßig zugrundeliegende natürliche Lebensverhältnis, also das tatsächliche Substrat für die strafrechtliche Beurteilung von Bedeutung sein soll[46]). Damit ist ein neuer, für unsere Fragestellung bisher wenig beachteter Gegensatz betont worden. Während bisher das natürliche, juristisch nicht oder weniger stark vorgeformte Lebensverhältnis und das spezi-

44) und damit die Problemstellung verdeutlicht: RG Festgabe Bd. V S. 39.

45) aaO.; es ist interessant festzustellen, daß auch Graf zu Dohna dieselben Beispiele (Besitz — Gewahrsam, Unehelichkeit i. S. des § 217 StGB) anführt, die in unseren bisherigen Erörterungen eine Rolle gespielt haben. Vgl. auch Köhler RG Festgabe Bd. V S. 160, der mit Recht hervorhebt, daß selbst innerhalb desselben Gesetzes ein Begriff seinen Inhalt wechseln kann. Eine Übersicht über die verschiedenen Ansichten zu § 136 GVG findet sich bei Lauterjung „Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte" (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 300 S. 53 ff.). Über diese Frage vgl. neuerdings Gerland Ztschr. f. Wehrrecht 1936, 264 ff.; gegen die von ihm vorgeschlagene Schaffung einer besonderen Kontrollinstanz über den drei höchsten Gerichten zur Wahrung der Rechtseinheit mit Recht Siegert JW 1937, 131 ff. Note 14.

46) Die Gegenüberstellung von Form und Inhalt kehrt noch häufig, insbes. bei den entsprechenden Erörterungen über die begriffliche Emanzipation des Steuerrechts wieder.

fische Rechtsverhältnis, insbesondere die Gegenstände der realen Erscheinungswelt den Kunstgebilden des Rechts gegenübergestellt zu werden pflegten, und nur bei jenen eine freiere, natürlichere Betrachtungsweise zugegeben, bei diesen dagegen an ihrer streng juristischen Bedeutung festgehalten wurde, ist nunmehr die Frontenstellung wesentlich verändert. Es werden nicht mehr strafrechtliche Begriffe nach dem geringeren oder stärkeren Grad ihrer „zivilistischen Salonfähigkeit" gegenübergestellt, sondern die Rechtsformen schlechthin und ihr Inhalt, die juristischen Konstruktionen und ihre natürlich-tatsächlichen Grundlagen. Das bedeutet einen mutigen Versuch, das strafrechtliche Denken von der sonst üblichen zivilistischen Begriffsscholastik zu befreien und bis zu dem tatsächlichen Substrat der Begriffe, der Wirklichkeit, vorzustoßen. Gewiß, nur ein Versuch! Die neue Fragestellung allein enthält noch keine Antwort, aber sie eröffnet grundsätzlich die — sonst überwiegend verneinte — Möglichkeit, von der in anderen Rechtsgebieten üblichen Auslegung der Rechtsbegriffe abzuweichen und selbständige, spezifisch strafrechtliche Begriffe zu entwickeln[47]). Wer die Übermacht des zivilistischen Rechtsdenkens im Strafrecht im einzelnen verfolgt, weiß zu würdigen, wie viel mit dieser Möglichkeit als solcher schon erreicht ist, und wie schwer sie erkämpft werden mußte. Die so *neu gewonnene Art der Begriffsbildung* liegt auf einer von dem zivilrechtlichen Denken verschiedenen Ebene; sie bleibt in größerer Erdennähe, in enger Berührung mit den Lebenstatsachen; sie steigt nicht hinauf bis in die blutleere Erhabenheit gedanklicher Abstraktionen und formaljuristischer Konstruktionen, sondern greift durch zivilistische Normen und rechtsgeschäftliche Erwägungen hindurch auf die natürlichen Erscheinungsformen der Wirklichkeit zurück. Sie stellt einen beachtlichen Versuch dar, wenigstens auf strafrechtlichem Gebiet die Begriffe nach den Dingen zu gestalten, statt die natürliche Ordnung der Wirklichkeit durch die automatisch funktionierende Methode der selbständigen, ausschließlich zivilistischen Begriffsbildung zu vergewaltigen. Es ist ein Beweis für die Überheblichkeit des normativistisch-abstrakten Rechtsdenkens, daß alle diese Ansätze zu einer mehr „tatsächlichen Betrachtungsweise" durchweg als „unjuristisch" abgetan zu werden pflegten, während es sich im Grunde um eine zwar neue, aber ebenso juristische, nämlich spezifisch strafrechtliche Begriffsbildungs- und Auslegungsmethodik handelt. Gegen diese ebenso beliebte wie billige Kritik hat sich auch H. Mayer verwahrt, der — wie gezeigt — eine besondere strafrechtliche Begriffsbildung durch Zuschärfung der natürlichen Ausdrucksweise, aber unter Beachtung der realistischeren Natur des Strafrechts befürwortet und sich so zum mindesten im Ergebnis mit den prozessualen Untersuchungen berührt[48]). Beide Auffassungen gehen von den

47) Gerade diese Folgerung wird — wie gezeigt — in den Arbeiten der strafprozessualen Schriftsteller immer wieder als wichtig hervorgehoben.

48) vgl. oben S. 78; ausführlicher unten S. 303 f.

natürlichen Verhältnissen aus, nicht von einer Welt abstrakter Begriffe, deren Allgemeingültigkeit leichtfertig behauptet oder unterstellt wird.

Eins ist allerdings zuzugeben: die Entscheidung im Einzelfall ist nicht leicht. Denn auch für die Beantwortung der Vorfrage, ob das Strafgesetz ein zivilrechtliches oder sonstiges Rechtsverhältnis in seiner juristisch-technischen Form oder das ihm regelmäßig zugrundeliegende Lebensverhältnis erfassen, insbesondere schützen will, fehlen begriffliche Anhaltspunkte; ja es erscheint sogar unmöglich, lediglich mit dieser Formel[49]) eine auch nur annähernd feststehende Grenze zwischen der gebotenen Emanzipation des Strafrechts und seiner Bindung an außerstrafrechtliche Begriffe zu ziehen. Aber das ist auch nicht erforderlich. Auch diese von den Prozessualisten ausgebildete Lehre kann keine allgemeingültige oder abschließende Lösung unserer Frage darstellen, vielmehr genügt schon ihre in einzelnen Fällen erwiesene Brauchbarkeit, um sie im Kampf um die begriffliche Befreiung des Strafrechts mitzuverwerten. Denn nicht auf die Methode, sondern auf das Ziel kommt es entscheidend an; wo die eine Methode versagt, muß eine andere eingreifen[50]). Es ist selbstverständlich, daß der gesamte Emanzipationsprozeß in seinen mannigfachen Stadien und zahlreichen Auswirkungen nicht auf eine einheitliche Formel gebracht werden kann, aber auch nicht gebracht zu werden braucht. Im Gegenteil, jeder Versuch einer Schematisierung birgt — wie die Gruppenbildung bei Saunus deutlich beweist — die Gefahr falscher Ergebnisse in sich. Die Entscheidung im Einzelfall kann nur unter Berücksichtigung aller zur Verfügung stehenden Gesichtspunkte und Hilfsmittel erfolgen und soll deshalb an Hand der Rechtsprechung dargestellt werden. Dort wird sich u. a. auch ergeben, daß gerade auf vermögensrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Gebiet „die natürlich-tatsächlichen Lebensverhältnisse"" strafrechtliche Beachtung erfordern und einer ausschließlich zivilrechtlichen oder sonstigen strafrechtsfremden Betrachtungsweise Schranken setzen. Dadurch wird aber das Ergebnis der Prozessualisten nur wenig geschmälert; denn es ist selbstverständlich, daß auch ihre Ergebnisse von dem jeweiligen, mehr oder minder fortgeschrittenen Stand der Erkenntnis abhängig waren und durch die spätere Entwicklung, insbesondere die fortschreitende Rechtsprechung, in Einzelheiten korrigiert werden mußten. In grundsätzlicher Hinsicht aber haben sie mit Recht darauf hingewiesen, daß das Strafrecht seine Begriffe

49) oder den ähnlichen Redewendungen, in die der Wille, sich von außerstrafrechtlichen Normen unabhängig zu machen, gekleidet wird.

50) Deshalb versuchen wir gerade, von den verschiedensten Ausgangspunkten und auf ganz verschiedenen Wegen der Lösung des Problems näher zu kommen, und deshalb muß auch der von den Prozessualisten aufgezeigte Weg stets im Zusammenhang mit den übrigen gleichgerichteten Bemühungen betrachtet werden. „Nicht Methodenmonismus, sondern Methodensynkretismus führt zum Ziel" (Schwinge, Methodenstreit S. 28); ebenso Dahm, ZStrW 57, 250.

vielfach nicht der Normenordnung, sondern dem natürlichen Leben entlehnt, und daß in solchen Fällen dem juristischen Sprachgebrauch des Zivilrechts ein scheinbar unjuristischer oder vulgärer, aber spezifisch strafrechtlicher gegenübersteht, der sich für die Umschreibung der strafrechtlichen Tatbestände und deshalb für die Erreichung der besonderen Ziele des Strafrechts besonders eignet. Es ist in der Tat kein Zufall, daß die strafrechtlichen Begriffe mehr bestimmten Lebenstatsachen als den juristischen Konstruktionen des Zivilrechts entsprechen, auf die ihr sprachlicher Ausdruck hinweist. An der Vertiefung dieser Erkenntnis zu einer Zeit mitgearbeitet zu haben, in der auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts derartige grundsätzliche Erwägungen auf wenig Beifall rechnen konnten, ist das Verdienst der prozessualen Untersuchungen; und wenn sie mit ihrem Ergebnis das begriffliche Verhältnis des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten auch nicht abschließend geklärt haben, so stellt ihr Bemühen doch eine wesentliche Unterstützung im Kampf gegen die Allgemeingültigkeit zivilrechtlicher Begriffe dar, für die wir dankbar sein müssen.

Anhang: 5. Aus ähnlichen Erwägungen dürfen wir auch an einem Fragenkreis nicht vorübergehen, dessen Verwertbarkeit für unsere Problemstellung zweifelhaft sein kann, der aber in diesem Zusammenhang zum mindesten der Vollständigkeit halber erwähnt werden muß, nämlich die innerhalb der Irrtumslehre des RG ausgebildete Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsbegriffen[51]). Dieser Gegensatz berührt allerdings die uns interessierende Frage nach der Identität der in beiden Rechtsgebieten gleichlautenden Begriffe nicht unmittelbar; denn er enthält lediglich eine Aussage über die Natur der Begriffe i. S. ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Normenkreis. Über den Inhalt der Begriffe, insbesondere über die Möglichkeit ihrer vom Zivilrecht abweichenden Auslegung, gibt er an sich keine Auskunft. Handelt es sich somit zwar um zwei ganz verschiedene Gesichtspunkte, so besteht gleichwohl zwischen ihnen ein gewisser Zusammenhang. Beide Fragen überschneiden sich nämlich, ja sie decken sich sogar insofern, als die inhaltliche Abweichung eines Begriffs von dem gleichlautenden des Zivilrechts auf die strafrechtliche Natur dieses Begriffs schließen läßt. Leider ist die umgekehrte, für uns besonders wichtige Folgerung aus der strafrechtlichen Natur des Begriffs (i. S. der Irrtumslehre) auf die Möglichkeit seiner abweichenden Auslegung nicht mit derselben Sicherheit und nicht in vollem Umfang möglich. Denn

51) Ob diese Unterscheidung dem § 59 StGB entspricht, insbes. für eine zweckmäßige Regelung des Irrtumsproblems brauchbar ist, soll selbstverständlich hier nicht näher geprüft werden. Es genügt, daß die Rechtsprechung von einer derartigen Gegenüberstellung ausgegangen ist, um ihre Ergebnisse für unsere Frage zu berücksichtigen. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß zwischen der Regelung des Irrtumsproblems, die durchweg von einer positiven Gesetzesnorm abhängt, und der Identität straf- und zivilrechtlicher Begriffe keine notwendige, innere Beziehung besteht.

es ist bekannt, daß das RG viele Begriffe zu „strafrechtlichen" i. S. des § 59 StGB erklärt hat, die ihrem Inhalt nach zweifellos unverändert aus anderen Rechtsgebieten entnommen sind, und daß bei einer derartigen Eingruppierung der Gesichtspunkt einer vernünftigen Entscheidung des Irrtumsproblems von ausschlaggebender Bedeutung ist[52]). Gleichwohl ist auch die umgekehrte Schlußfolgerung in nicht unerheblichem Umfang statthaft und gewinnt damit für unsere Problemstellung unmittelbares Interesse. Das läßt sich z. B. hinsichtlich des Begriffs „Bevollmächtigter" i. S. des § 266 Nr. 2 StGB (a. F.) nachweisen, der zunächst als „rein strafrechtlicher" charakterisiert „und deshalb" (!) als an zivilrechtliche Vorschriften nicht gebunden bezeichnet worden ist; und dasselbe gilt für viele andere Tatbestandsmerkmale. Bei der späteren Darstellung der Rechtsprechung werden wir häufig der Formel begegnen: „Der Begriff . . . ist rein strafrechtlicher Natur und deshalb — unabhängig von seiner Umschreibung in anderen Rechtsgebieten — im weitesten Sinn auszulegen." Die Schlußfolgerung von der Natur, d. h. der Zugehörigkeit des Begriffs zu einem bestimmten Normenkreis, auf seine Abhängigkeit oder Unabhängigkeit von außerstrafrechtlichen Vorschriften ist praktisch jedenfalls häufig, also eine Erfahrungstatsache. Wenn auch kein inneres Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Gruppierung der Begriffe i. S. der Irrtumslehre und ihrer inhaltlichen Bestimmung besteht, derart, daß dieser Folgerung in allen Fällen zwingende Beweiskraft zukäme[53]), so läßt sich doch feststellen, daß die Entscheidungen beider Fragen — nach der Natur und dem Inhalt des Begriffs — präktisch vielfach Hand in Hand gehen, zum mindesten also „zufällig" miteinander korrespondieren. Diese Erkenntnis aber genügt schon, um die Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Begriffen für die Lösung unserer Problemstellung mit zu verwerten. Selbst wenn aber die inhaltliche Übereinstimmung eines „strafrechtlichen" Begriffs mit dem gleichlautenden eines anderen Rechtsgebiets offensichtlich feststeht[54]), ist die Erklärung dieses Begriffs zu einem strafrechtlichen für uns nicht ohne Interesse. Denn sie ermöglicht die Auffassung, daß das Strafrecht auch insoweit sich seine — selbständigen und unabhängigen — eigenen Begriffe geschaffen und sich nur „zufällig" für die gleiche Umschreibung seines Inhalts wie das in Betracht kommende außerstrafrechtliche Rechtsgebiet entschieden habe — eine Auffassung, die offensichtlich der Grund-

52) Insbes. diejenigen Fälle, in denen die Norm und die Strafdrohung in verschiedenen Bestimmungen, aber innerhalb desselben Gesetzes geregelt sind, lassen sich für unsere Beweisführung nicht verwerten; vgl. Lobe LK S. 21.

53) Mit Recht hat Wolf, Schuldlehre 1. Teil S. 156, hervorgehoben, daß dem RG weniger an der „logischen Systemreinheit" gelegen sein dürfe, als an der möglichst befriedigenden Lösung des Irrtumsproblems.

54) Wie dies z. B. hinsichtlich des Begriffs „Lotterie" i. S. des Zivil- und Strafrechts allgemein angenommen wird.

tendenz unserer Arbeit über die Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung mehr entspricht als die Lehre von der begrifflichen Akzessorietät, der sekundären Natur des Strafrechts, und die vor allem durch die Rechtsprechung des RG als richtig bestätigt wird[55]).

Aus der häufig übereinstimmenden Beantwortung der beiden Fragen nach der strafrechtlichen Natur eines Begriffs und seiner Unabhängigkeit von außerstrafrechtlichen Normen darf allerdings nicht ein logisch zwingendes Abhängigkeitsverhältnis hergeleitet werden, das man schlechthin verallgemeinern dürfte und das nicht durch Widersprüche getrübt würde. Zunächst ist zu beachten, daß in vielen Entscheidungen des RG jeweils nur eine dieser Fragen zu beantworten war, und daß beide Fragen hinsichtlich desselben Begriffs häufig in verschiedenen, zeitlich vielleicht weit auseinanderliegenden Entscheidungen, oft sogar in verschiedener Reihenfolge und von verschiedenen Senaten behandelt worden sind. Unter diesen Umständen wäre es verfehlt, beide Fragen in ein Rangverhältnis derart einzuordnen, daß die Bejahung der einen die Voraussetzung für die entsprechende Entscheidung der anderen, letztere also die Folge von jener oder umgekehrt wäre. Wirkung und Gegenwirkung lassen sich insoweit nicht oder nicht mehr auseinanderhalten; man kann vielmehr nur eine wechselseitige Beeinflussung feststellen, die zwar zuweilen durch „unrichtige" Entscheidungen beeinträchtigt, aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird. Berücksichtigt man alle diese Gesichtspunkte, so darf die Schilderung Grünhuts über den Zusammenhang zwischen der Wandlung in der Auslegung des strafrechtlichen Beamtenbegriffs und seinen Auswirkungen für die Irrtumslehre im großen und ganzen als richtig gesehen bezeichnet werden:

> *„Solange es (das RG) den Begriff des Beamten in dem speziellen Sinn einer verwaltungsrechtlichen Beamtenstellung faßte, verlangte es zum Vorsatz der Amtsdelikte das Bewußtsein des Täters, Beamter zu sein. Seit es den Begriff ‚Beamter' materiell, d. h. in Hinblick auf die Art der dienstlichen Obliegenheiten ausdehnt, begnügt es sich mit dem Vorhandensein einer Vorstellung von der Tragweite der anvertrauten Tätigkeit."*

Der Schluß von der selbständigen Begriffsbestimmung, d. h. der vom Beamtenrecht abweichenden Auslegung, zur Unbeachtlichkeit des Irrtums über diesen „strafrechtlichen" Begriff ist jedenfalls nach der Rechtsprechung des RG unabweisbar[56]).

55) vgl. hierüber unten S. 178 fg. ausführlich; sie stellt also nicht, wie es zunächst den Anschein hat, das gekünstelte Ergebnis einer theoretischen Konstruktion dar.

56) vgl. hierüber Grünhut, Frank-Festgabe I S. 24; über die Wandlung des strafrechtlichen Beamtenbegriffs vgl. ausführlich unten S. 194. Dort wird sich u. a. auch ergeben, daß die Selbständigkeit des strafrechtlichen Beamtenbegriffs, die weniger auf die besondere Definition in § 359 StGB als auf die vom Beamtenrecht abweichende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „angestellt" zurückzuführen ist, schon viel früher anerkannt worden war (vgl. Schwinge S. 70), während die ent-

Damit haben wir bereits die allgemeinere Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung des Irrtums über sog. Komplexbegriffe aufgeworfen, der in diesem Zusammenhang eine erhöhte Bedeutung zukommt, weil die Sonderbehandlung der Komplexbegriffe auf Erwägungen beruht, die eine gewisse Verwandtschaft mit den vorerwähnten strafprozessualen Untersuchungen aufweisen. Häufig werden nämlich[57]) Rechtsbegriffe nur deshalb in strafrechtlichen Gesetzesbestimmungen verwendet, um auf kurze und verständliche Weise eine Reihe von tatsächlichen Merkmalen oder Zuständen zusammenzufassen, und lediglich diese den Rechtsbegriff konstituierenden Tatsachen als Tatbestandsmerkmale einzuführen, nicht aber um den Rechtsbegriff als solchen, d. h. als Bezeichnung einer rechtlich relevanten Beziehung zu verwerten. In diesen Fällen handelt es sich lediglich um eine abgekürzte Bezugnahme auf Tatsachen, die mit einem einheitlichen Komplexbegriff bezeichnet werden[58]). Schon diese Unterscheidung zwischen dem Rechtsbegriff als solchen und den ihm zugrundeliegenden Tatsachen erscheint uns wertvoll, obwohl damit für die Frage der Emanzipation der strafrechtlichen Begriffe unmittelbar noch nichts gewonnen ist; denn sie läßt erkennen, daß die Rechtsprechung hier die Rechtstatsachen, die den Begriffen zugrundeliegen, stärker betont und nicht mehr die (angeblich aus anderen Rechtsgebieten entlehnten) Begriffe „verabsolutiert", als Wirklichkeiten ansieht, sich also von dem Begriffsrealismus abwendet. Außerdem ist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Ausgangspunkt der prozessualen Untersuchungen nicht zu bestreiten, und diese Erkenntnis erscheint um so wertvoller, als dort aus der Gegenüberstellung der Rechtsbegriffe und der ihnen zugrundeliegenden Tatsachen ausdrücklich Folgerungen für das begriffliche Verhältnis des Strafrechts zum Zivilrecht gezogen worden sind, während dieser Gesichtspunkt innerhalb der Lehre von der Bedeutung des Irrtums über Komplexbegriffe keine Rolle spielt. Deshalb muß hier daran erinnert werden, daß nach Ansicht der Prozessualisten gerade in denjenigen Fällen, in denen die den Begriffen zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse für das Strafrecht von Bedeutung sind, eine von außerstrafrechtlichen Normen unabhängige, selbständige strafrechtliche Begriffsbildung und Auslegung zulässig und erforderlich sein soll. Dieses Ergebnis stimmt weitgehend mit der Behandlung der Komplexbegriffe als rein „strafrechtlicher" Begriffe i. S. der Irrtumslehre überein, sodaß die Frage nach ihrer strafrechtlichen

sprechende Folgerung für die Irrtumslehre erst viel später gezogen wurde. Derartige Diskrepanzen sind indeß unvermeidlich und stehen der Feststellung eines Zusammenhangs beider Fragen nicht entgegen.

57) wie in der Rechtsprechung und Lehre zu § 59 StGB näher dargelegt ist; vgl. neuerdings v. Weber DStrR 1936 S. 97.

58) und deshalb soll der Irrtum über diese Komplexbegriffe nach der bisherigen Rechtsprechung des RG unbeachtlich sein und die Kenntnis der konstituierenden Tatsachen in subjektiver Hinsicht genügen.

Natur und der Unabhängigkeit ihres Inhalts von außerstrafrechtlichen Normen übereinstimmend beantwortet erscheint. Es ist angebracht, dieses zufällige Zusammentreffen festzuhalten; denn innerhalb der Irrtumslehre selbst finden sich keine Anhaltspunkte für die Feststellung, ob ein Komplexbegriff i. S. eines „strafrechtlichen" Begriffs vorliegt oder nicht[59]), und die uns interessierende Frage nach der Identität der Rechtsbegriffe, insbesondere auch der Komplexbegriffe, wird dort gerade nicht gelöst, sondern als lösbar, sogar als bereits entschieden vorausgesetzt und als Unterscheidungsmerkmal für die Einteilung der Rechtsbegriffe in strafrechtliche und außerstrafrechtliche verwendet[60]). Auf diesem Wege können wir hier also nicht weiterkommen[61]); die bisherigen Ausführungen lassen es jedoch nicht als unberechtigt erscheinen, wenn wir umgekehrt bei den vielen von der Rechtsprechung als spezifisch strafrechtlich i. S. des § 59 StGB anerkannten Begriffen die Möglichkeit einer von außerstrafrechtlichen Normen abweichenden Auslegung vermuten und dies zum Anlaß nehmen, bei ihnen die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffe besonders sorgfältig zu prüfen. Wir können bereits hier vorweg nehmen, daß diese Folgerungen von der strafrechtlichen Natur auf die Selbständigkeit der Begriffe durch die späteren Untersuchungen über ihren Inhalt weitgehend als richtig bestätigt werden. An der — sich in den geschilderten Grenzen haltenden — Verwertbarkeit der Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Begriffen i. S. der Irrtumslehre des RG für die Lösung unserer Fragestellung ist deshalb nicht zu zweifeln[62]).

Schon diese Zusammenhänge, die bisher wenig beachtet worden sind, aber auch hier keineswegs erschöpfend behandelt werden können, hätten längst Anlaß geben müssen, die Frage nach der Kongruenz der straf- und zivilrechtlichen Begriffe ausführlich zu untersuchen[63]). Die sich daraus

59) Es wird allgemein betont, daß dies eine Auslegungsfrage sei, zu deren Beantwortung aber wiederum begriffliche Anhaltspunkte fehlen.

60) So hebt z. B. Olshausen (zu § 59 Note 2 S. 313) ausdrücklich hervor: „Sind in die Tatbestände des einzelnen Strafgesetzes rechtliche Begriffe einbezogen, so bedarf es der Prüfung, ob die Begriffe aus anderen Rechtsgebieten unverändert übernommen sind, so daß die außerstrafrechtlichen Vorschriften als maßgebend für die Begriffe zu gelten haben, oder ob das Strafgesetz die Begriffe seiner eigenen Regelung unterwirft."

61) Es wäre ein circulus vitiosus, wollten wir aus der angeblich strafrechtlichen Natur eines Begriffs auf die Möglichkeit seiner abweichenden Auslegung im Strafrecht schließen, solange diese Möglichkeit das einzig brauchbare Kennzeichen für die Bejahung der strafrechtlichen Natur des Begriffs bildet.

62) Obwohl nochmals hervorgehoben werden mag, daß es auch „strafrechtliche" Begriffe gibt, die inhaltlich in vollem Umfang mit den gleichlautenden Begriffen anderer Rechtsgebiete übereinstimmen, und daß nicht bei allen Komplexbegriffen, aber auch bei anderen als Komplexbegriffen, Abweichungen i. S. einer Emanzipation des Strafrechts möglich sind.

63) Dies ist offensichtlich bisher deshalb nicht geschehen, weil der Ausgangspunkt der Rechtsprechung des RG, nämlich die Unterscheidung zwischen strafrecht-

ergebende Erkenntnis, daß in weitem Umfang eine spezifisch strafrechtliche Begriffsbildung längst anerkannt ist — und zwar keineswegs nur im Hinblick auf die erwähnte Unterscheidung der Irrtumslehre — hätte zum mindesten eine derart leichtfertige und oberflächliche Kritik verhindert, wie sie nicht selten mit geradezu unbegreiflichem Erfolg an den Entscheidungen des RG geübt worden ist. Bei näherem Zusehen fällt aber die übliche, scheinbar schlüssige Beweisführung weitgehend in sich zusammen; insbesondere gilt dies für die aus der angeblichen oder wirklichen Verweisung (Bezugnahme) des Strafgesetzes hergeleiteten Folgerungen, die von unserem Standpunkt aus in ganz anderem Lichte erscheinen. Die Behauptung von Liszt-Schmidts[64]), die Undurchführbarkeit der reichsgerichtlichen Ansicht beruhe letzten Endes darauf, daß es „rein strafrechtliche Begriffe gar nicht gebe" (!), weil das Strafrecht als Schutzrecht seine Begriffe den übrigen Rechtsgebieten entlehne, ist — wenn überhaupt — nur durch eine maßlose Übertreibung des Gesichtspunkts der begrifflichen Akzessorietät zu erklären, im übrigen aber, wie gezeigt, zweifellos unrichtig. Daß sie aber, auch ganz abgesehen von der bisher festgestellten weitgehenden begrifflichen Emanzipation des Strafrechts, recht anfechtbar ist, beweist der Umstand, daß Graf zu Dohna[65]) genau umgekehrt die Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts dazu benutzt, um die Rechtsprechung des RG zu § 59 StGB — wenn auch nicht zu befürworten, so doch — dem Verständnis näher zu bringen. Wenn schließlich — wiederum abweichend — Gerland[66]) das RG mit dem Einwand bekämpft, auf dem Gebiet des Strafrechts könne der Rechtsirrtum nur als Strafrechtsirrtum auftauchen, weil das Strafgesetz andere Rechtssätze durch die Bezugnahme zu integrierenden Bestandteilen seiner selbst, also zu strafrechtlichen mache, so scheint jedenfalls eins unbestreitbar zu sein, nämlich die Tatsache, daß die Bedeutung der strafgesetzlichen Bezugnahme (Verweisung) noch sehr wenig, die Frage dagegen, ob denn das Strafgesetz überhaupt verweise, noch gar nicht geklärt ist[67]). Zwar hat die Rechtsprechung des RG, die nicht frei von „logischen" Widersprüchen

lichen und außerstrafrechtlichen Begriffen, — deren Berechtigung wir hier ausdrücklich offen lassen — als für eine befriedigende Lösung des Irrtumsproblems ungeeignet durchweg abgelehnt wurde.

64) 26. Aufl. S. 255 Note 6; ebenso Lobe LK S. 420; Olshausen S. 314.

65) Recht und Irrtum 1925 S. 26: „Offensichtlich ist die Erwägung maßgebend gewesen, daß die Rechtsbeziehungen, die der Gesetzgeber zum Aufbau seiner Tatbestände verwertet, im allgemeinen anderen Rechtsgebieten entlehnt sind."

66) S. 136; die „Undurchführbarkeit" der Lehre des RG wird also genau entgegengesetzt wie bei v. Liszt-Schmidt begründet.

67) Denn auch mit der Formulierung von Engisch (Einheit S. 26 Note 3): „Einverleibt wird nur der in Bezug genommene Norminhalt, man kann auch sagen: Es werden einverleibt die Worte als Sinnträger. Diese werden dann aber wirklich zum Bestandteil der verweisenden Rechtsnorm und nehmen an deren Charakter teil", können wir hier wenig anfangen.

ist[68]), nicht gerade dazu beigetragen, die in dieser Hinsicht bestehende Verwirrung der lediglich im Ergebnis übereinstimmenden Rechtslehre zu verringern oder gar zu beseitigen; aber die Lage wäre doch sehr geklärt worden, wenn man nicht allgemein bei gleichlautenden Begriffen eine Verweisung (Bezugnahme) des Strafgesetzes und damit eine unveränderte Entlehnung der Begriffe ohne weiteres unterstellt hätte. Denn da man sich nunmehr jeglicher begrifflicher Anhaltspunkte zur Beantwortung der Frage, ob der (unverändert) entlehnte Begriff ein außerstrafrechtlicher geblieben oder zu einem integrierenden Bestandteil des Strafgesetzes und damit zu einem strafrechtlichen geworden sei, beraubt hatte, konnte es nicht ausbleiben, daß diese Frage völlig willkürlich entschieden und zur Begründung entgegengesetzter Ergebnisse in gleicher Weise auf die begriffliche Akzessorietät des Strafrechts Bezug genommen wurde. Hätte man sich dagegen die Mühe gemacht, — der insoweit vorbildlichen Rechtsprechung folgend — die gleichlautenden Begriffe auf ihre inhaltliche Identität zu prüfen, so wäre nicht zu übersehen gewesen, daß das Strafgesetz in den meisten Fällen überhaupt nicht verweist oder Bezug nimmt, sondern selbständige Begriffe ausgebildet hat, womit jedenfalls insoweit der erwähnten Kritik die Grundlage entzogen ist[69]). Denn wenn — wie wir zum Teil schon gesehen haben, zum Teil noch darlegen werden — die meisten der für unsere Fragestellung wichtigen Begriffe, wie z. B. Bevollmächtigter, Beauftragter, Beamter, Verwandtschaft, Schwägerschaft, Vermögen, Verfügung, Vormund, unehelich, bewegliche Sache usw., schon inhaltlich von den gleichlautenden Begriffen des Zivilrechts abweichen, dann kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß sie eben selbständige, spezifisch strafrechtliche Begriffe und deshalb von der Rechtsprechung zu § 59 StGB richtig in diesem Sinn eingruppiert worden sind. Diese grundlegend wichtige Erkenntnis ist allerdings leider gerade vielen Schriftstellern verschlossen geblieben, welche die Rechtsprechung des RG hinsichtlich der Irrtumsfrage am lautesten kritisiert haben.

Mit dem Gesagten soll selbstredend keine Lanze für die bisherige Irrtumslehre des RG gebrochen und auch zu der Frage der Unmöglichkeit oder Unzweckmäßigkeit einer Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum nicht Stellung genommen werden. Worauf es uns ankommt, ist lediglich, zu zeigen, daß auch aus der Rechtsprechung zu § 59 StGB — so wie sie nun einmal vom RG ausgebil-

68) vgl. v. Hippel Lehrbuch II S. 344, der sich mit Recht insbes. gegen die verschiedene Bedeutung der Bezugnahme wendet. Sie werde in der Rechtsprechung bald als Verweisung auf außerstrafrechtliche Normen aufgefaßt, bald als Werkzeug benutzt, um einen in anderen Gesetzen geregelten Begriff zum strafrechtlichen erklären zu können. „Wäre das letztere richtig, so läge immer Strafrechtsirrtum vor. Denn entweder das Strafrecht regelt selbst einen Rechtsbegriff oder es nimmt dabei auf andere Rechtsgebiete Bezug; eine andere Möglichkeit besteht nicht."

69) vgl. auch unten S. 224.

det worden ist — bei gebotener Vorsicht brauchbare Anhaltspunkte zur Lösung unserer Fragestellung hergeleitet werden können. Insbesondere war es notwendig, auch in diesem Zusammenhang der scheinbar unausrottbaren Irrlehre von der schrankenlosen Verweisung (Bezugnahme) des Strafgesetzes auf außerstrafrechtliche Begriffe entgegenzutreten und damit den Scheinglanz mancher überheblich kritischen Beweisführung zu zerstören. Dabei hat sich erneut gezeigt, daß die bisher kaum erörterte Frage nach dem Verhältnis der zivil- und strafrechtlichen Begriffe eine für die Lösung zahlreicher strafrechtlicher Probleme wichtige Vorfrage von geradezu ausschlaggebender Bedeutung darstellt, und abermals ist durch die Erkenntnis einer weitgehend ausgebildeten spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung neues Licht auf alte Fragestellungen gefallen. Da wir mehrmals auf die (zufällige) Übereinstimmung hingewiesen haben, die zwischen der Entscheidung der Frage nach der strafrechtlichen Natur eines Begriffs i. S. der Irrtumslehre und seiner Unabhängigkeit von außerstrafrechtlichen Normen in weitem Umfang besteht, mag nicht unerwähnt bleiben, daß neuerdings H. Mayer den Versuch einer Ehrenrettung der reichsgerichtlichen Irrtumslehre unternommen hat und dabei zu einem auch für uns interessanten Ergebnis gelangt[70]): Er will zwar das Gegensatzpaar „strafrechtlich-außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum" durch die andere Unterscheidung „Verbotsirrtum-Rechtsobjektsirrtum" ersetzen[71]), die Frage aber, ob ein Irrtum beachtlich ist oder nicht, danach entscheiden, ob durch die Strafbestimmung, über die der Täter irrte, „eine Rechtseinrichtung, ein Rechtsobjekt geschützt" oder „eine bestimmte Handlung bestraft" werden soll. Damit aber verwendet er im Grunde genau dieselbe Unterscheidung[72]), die wir in der Abhandlung Schroeders bereits als für die Entscheidung unserer Fragestellung wichtig kennen gelernt haben, zur Neuregelung der Irrtumslehre und bestätigt damit — wenn auch unbewußt, so doch nicht weniger deutlich — ebenfalls den zufälligen Zusammenhang der Probleme, den wir unseren Ausführungen bewußt zugrundegelegt haben.

70) Strafrecht des deutschen Volkes S. 300.

71) Denn „es kann offenbar nicht darauf ankommen, ob die Vorschrift, über welche der Täter irrte, formal dem Strafgesetz oder einem anderen Gesetz angehört. Das gesamte Recht bildet eine innere Einheit und die legislative Technik mit ihren ausdrücklichen und stillschweigenden Verweisungen macht die materiell sinnlose Frage, aus welchem Gesetzestext eine Vorschrift stammt, zu einem Rätselraten."

72) Ihre Auswirkungen zeigen sich sehr schön bei der Behandlung der Amtsverbrechen, des strafrechtlichen Beamtenbegriffs (H. Mayer aaO. S. 302): Da hier allgemein nicht eine bestimmte Einrichtung der Amtstreue als Angriffsobjekt verletzt werde, sondern die in der Amtspflichtverletzung liegende Unsittlichkeit als solche bestraft werden müsse; brauche der Täter seine rechtliche Eigenschaft als Beamter nicht zu kennen. — Schroeder, der durchaus denselben Gedankengang verfolgt (vgl. oben S. 66), würde fortfahren: sei das Strafrecht bei der Auslegung des Beamtenbegriffs nicht an außerstrafrechtliche Normen gebunden, — eine Folgerung, die durchaus richtig ist.

E. Die begriffliche Emanzipation des Strafrechts als Folge der teleologischen Betrachtungsweise.

Die gesamten bisherigen Versuche, das Strafrecht von seiner begrifflichen Bindung an zivilrechtliche und sonstige außerstrafrechtliche Normen zu lösen und diesen Emanzipationsprozeß gedanklich zu erklären, waren im Grunde nichts anderes als Bemühungen, die strafrechtlichen Begriffe so auszulegen, daß sie dem Sinn und Zweck des Gesetzes, seinen Grundgedanken, entsprechen[1]). Es ist nötig, sich öfters an dieses letzte Ziel und damit zugleich an die höchste Rechtfertigung all dieser Bestrebungen zu erinern, um nicht in der Fülle der Einzelheiten die notwendige Ausrichtung nach diesem entscheidenden Gesichtspunkt zu verlieren. Immer mehr hat sich die ursprüngliche Fragestellung erweitert: längst schon handelt es sich nicht mehr um die genaue Beachtung der einzelnen Bestimmungen des EGBGB, um die Identität der aus anderen Rechtsgebieten entlehnten Schutzobjekte und der sie umschreibenden Begriffe, um die Anerkennung einer sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise oder um sonstige Gesichtspunkte, die wir jeweils näher geschildert haben. Alle diese besonderen Fragestellungen, mit deren Hilfe das grundsätzliche Problem des begrifflichen Verhältnisses des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten ja nur von einem bestimmten Blickpunkt aus konkretisiert und gelöst werden sollte, münden letzten Endes ein in das allgemeine Prinzip der teleologischen Betrachtungsweise. Dieses Prinzip ist heute — als Sammelbezeichnung für alle den Sinn und Zweck des Gesetzes[2]) be-

1) Daß auch die angeblich aus anderen Gebieten entlehnten Begriffe nach dem Sinn und Zweck des „Straf"-gesetzes ausgelegt werden müssen, sollte eigentlich nicht zweifelhaft sein. Die abweichende Ansicht Jellineks (Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen 1913 S. 171), bei gesetzlichen Verweisungen dürften die in Bezug genommenen Normen ausschließlich nach ihrem Heimatrecht, nicht nach dem Geist des verweisenden Gesetzes ausgelegt werden, ist offensichtlich verfehlt. Für die Maßgeblichkeit der von dem „verweisenden Rechtssatz verfolgten Intension" mit Recht schon Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 100 ff. 1894.

2) Wir begnügen uns im folgenden mit der schlichten Formel „Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes", wobei wir uns allerdings bewußt sind, daß damit manche Zweifelsfragen, deren Erörterung uns jedoch von dem eigentlichen Thema zu weit entfernen würde, noch nicht beantwortet sind. Zur Klarstellung des eigenen Standpunkts sei lediglich erwähnt, daß wir die Bindung an den „historischen" Zweck und eine „psychogenetische" Deutung des Zweckmoments nicht für richtig halten, sondern derjenigen Auffassung beitreten, die neuerdings von RG 70, 300 ausgesprochen worden ist: „Es entspricht einer gesunden Rechtsentwicklung und einer vernünftigen Gesetzesauslegung, wenn nunmehr dem Begriff (der Medizinalperson i. S. des § 174 Nr. 3 StGB) eine Auslegung gegeben wird, die den Bedürfnissen des Gemeinschaftslebens und der Gegenwart entspricht." Ähnlich Rietzsch DJ 1937, 1755 gegen Kohlrausch (zu § 2 StGB S. 28), dessen Auffassung überwiegend Ablehnung erfahren hat. Vgl. zu den hiermit zusammenhängenden Fragen ausführlicher: Müller-Erzbach 1932 S. 77, Grünhut, Frank-Festgabe S. 6, Schwinge, Begriffsbildung S. 57, Siegert, Deutsches Strafrecht 1934, 380; Engisch aaO. S. 77, Dahm, Mon.Krim.Psych. 1931, 763 und ZStrW 57, 261; H. Mayer, Untreue S. 180, Baumgarten ZStrW 37,

tonenden Auslegungsmethoden — zwar allgemein anerkannt; aber damit sind die Schwierigkeiten seiner Anwendung im Einzelfall keineswegs überwunden[3]).

1. Dies zeigt sich vor allem dann, wenn man, wie es unsere Aufgabe erfordert und wozu in der Tat besonderer Anlaß besteht, die Auswirkungen der teleologischen Begriffsbildungs- und Auslegungsmethodik auf das begriffliche Verhältnis des Zivil- und Strafrechts genauer untersucht. Denn auf diesem Grenzgebiet hat sich die allgemein bekämpfte „Begriffsjurisprudenz" jedenfalls am längsten halten können. Hier stieß der Vormarsch der teleologischen Betrachtungsweise auf scharfgeschliffene, angeblich aus anderen Rechtsgebieten entlehnte und deshalb fest umrissene, Rechtsbegriffe und geriet ins Stocken. Da der Strafrechtler meist glaubte, daß sein eigentliches Arbeitsgebiet hier aufhöre und er sich der „vorentscheidenden Kraft" des Zivilrechts beugen müsse, wurde die Stoßkraft der sinn- und zweckentsprechenden Gesetzesauslegung auf andere Frontabschnitte verlagert und dabei übersehen, daß der eigentliche Widerstand gegen das Vordringen einer spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise sich in dem Abschnitt „außerstrafrechtliche Rechtsbegriffe" konzentrierte und gerade bei den zivilrechtlichen Begriffen des Strafrechts verstärkte. Zwar gelang es der Rechtsprechung, mehrmals große Breschen in diese Verteidigungsstellung zu schlagen, aber sie wurden von der nachfolgenden Theorie nicht genügend ausgenutzt, weil das Problem der unzulässigen Zivilisierung des Strafrechts noch nicht erkannt war, die begriffliche Abhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale sogar mit der herrschenden Lehre von dem akzessorischen Charakter oder der Blankettnatur des Strafrechts durchaus in Einklang stand.

Heute gilt es, das Versäumte nachzuholen, d. h. die teleologische Betrachtungsweise speziell auf diese Grenzgebiete zu übertragen und in ihren Auswirkungen sichtbar zu machen. Dabei ist schon viel gewonnen, wenn auch auf diesem Wege ganz allgemein für die außerstrafrechtlichen Rechtsbegriffe eine von ihrer Inhaltsbestimmung in ihren „Heimatgebieten" abweichende Auslegung ermöglicht wird, und zwar mit einer Begründung, die im wesentlichen darauf hinausläuft: Eine andere Auffassung ist mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht vereinbar und deshalb abzulehnen. Diese Art der Begründung kann zweifellos für alle Fälle der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts Geltung beanspru-

138, Mezger Leitfaden S. 39. Im übrigen wird zweifellos zwischen Gesetzen vor und nach 1933 zu unterscheiden sein; vgl. Carl Schmitt, Dt. Rechtspflege 1936, 184; Rothenberger DJZ 1936, 22 und Schwinge-Zimmerl S. 74 ff.

3) Die allgemeinen Grundfragen der Gesetzesauslegung, insbes. die nach der veränderten Stellung des Richters, die — vornehmlich seit den bekannten Arbeiten Henkels und Freislers — einen Hauptgegenstand des Schrifttums über die Rechtserneuerung darstellen, können in diesem Zusammenhang natürlich nicht erörtert werden. Zu ihrer Lösung einen Beitrag zu leisten, ist das Ziel unserer Untersuchung.

chen und ist deshalb geeignet, auch unsere bisherigen, auf anderen Wegen gewonnenen Ergebnisse von höherer Warte aus zu bestätigen[4]). Ihre Hauptbedeutung gewinnt sie aber gerade für diejenigen Fälle, in denen es mit den geschilderten Hilfsmitteln bisher nicht möglich gewesen ist, die sachlich notwendige begriffliche Emanzipation des Strafrechts durchzuführen, in denen vielmehr die Verwendung einer zivilrechtlichen oder sonstigen außerstrafrechtlichen Bezeichnung scheinbar zwingend darauf hindeutet, daß der Strafgesetzgeber auch den Inhalt dieser Tatbestandsmerkmale anderen Rechtsgebieten entnommen wissen will. Denn es ist gerade das Kennzeichen der teleologischen Betrachtungsweise, daß sie sich mit einer solchen Feststellung eben nicht ohne weiteres abfindet, sondern auch dann noch die Frage aufwirft, ob dieses Ergebnis nicht durch teleologische Erwägungen einer Korrektur unterworfen werden muß.

Gerade bei dieser Frage nach der Möglichkeit abweichender Auslegung gleichlautender Begriffe in verschiedenen Rechtsgebieten treten uns die Auswirkungen der teleologischen Betrachtungsweise zunächst in verschiedenen Formen entgegen. Aber alle in diesem Zusammenhang gebräuchlichen Stichworte von der „Umformung", „Inhaltsverschiebung" oder allgemeinen „Relativität" der Rechtsbegriffe kennzeichnen Bemühungen, die im Grunde auf dasselbe Ziel gerichtet sind. Sie alle versuchen den Bedeutungswandel verständlich zu machen, den gleichlautende Begriffe je nach dem Zusammenhang erleiden, in dem sie verwendet werden. Dabei ist jedoch von vornherein zu betonen, daß diese Gesichtspunkte keine allgemeingültigen zwingenden Prinzipien darstellen, sondern lediglich — z. T. sogar bestrittene — Erklärungsversuche für Begriffsabweichungen, die meist in anderer Weise, vornehmlich durch die Rechtsprechung, sichtbar gemacht worden sind. Handelt es sich also lediglich um mehr oder weniger brauchbare Bilder, welche die Notwendigkeit und das Ergebnis einer vom Wortlaut abweichenden sinn- und zweckentsprechenden Gesetzesauslegung veranschaulichen sollen, so folgt andererseits aus dieser Erkenntnis, daß man sehr wohl ein derartiges Bild als schlecht oder ungeeignet empfinden und deshalb ablehnen kann, ohne damit das sachliche Ergebnis der besonderen Auslegungsmethodik zu beanstanden. Deshalb dürfen wir zunächst alle diese Gesichtspunkte als Hilfsmittel für die Lösung unserer Frage nach dem begrifflichen Verhältnis des Strafrechts zu außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten benutzen, sofern wir uns nur bewußt bleiben, daß auch ihrer Verwendbarkeit für die richtige Erklärung der fortschreitenden Emanzipation des Strafrechts gewisse Grenzen gesetzt sind. Jedenfalls brauchen wir die entscheidende

4) So erklärt es sich, daß manche der Arbeiten, die sich mit unserer besonderen Problemstellung beschäftigen, auf die bisher erörterten Gesichtspunkte überhaupt nicht eingehen, sondern sich ausschließlich auf die Erörterung der teleologischen Betrachtungsweise und ihrer Auswirkungen beschränken.

Frage nach der begrifflichen Befreiung des Strafrechts nicht von Anfang an mit dem Zweifel zu belasten, ob gegen diese oder jene Darstellungsart Bedenken bestehen, die zweckmäßiger in späterem Zusamenhang berücksichtigt werden. Dies gilt um so mehr, als wir uns gerade nicht mit der Frage befassen, welchen Einfluß die teleologische Betrachtungsweise auf die positive Inhaltsbestimmung der Begriffe ausübt, sondern uns bereits mit der negativen Feststellung begnügen, daß die so oft behauptete Bindung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale an außerstrafrechtliche Begriffe und Normen bei sinn- und zweckentsprechender Auslegung des Strafgesetzes nicht aufrechterhalten werden kann[5]). Für die auf dieses Ziel beschränkten Untersuchungen sind die bereits angedeuteten teleologischen Gesichtspunkte zweifellos verwertbar und von großer Bedeutung.

2. Wir haben bereits früher bei der Schilderung der Entwicklung unserer Problemstellung in der Schweizer Strafrechtswissenschaft die Ausführungen von Cordey, der damals schon auf die „Umformung" der vom Strafrecht aus anderen Gebieten entlehnten Rechtsbegriffe, auf ihre „Bedeutungsveränderung", ihre „besondere Färbung" hingewiesen hatte[6]), als fortschrittlich und für die Emanzipation des Strafrechts günstig bezeichnet. Wenn wir nun diesen Gedankengang bei uns weiter verfolgen, so müssen wir vor allem Erik Wolf erwähnen, der sich ausführlich mit Begriffsbildungsproblemen im allgemeinen und besonders im Strafrecht beschäftigt und derartige „Umformungsprozesse" näher untersucht hat[7]). Allerdings brauchen wir uns heute nicht mehr mit seiner Lehre von der „doppelten Wertbeziehung" und den sich hieraus ergebenden zwei Arten von „strafrechtlichen" und „strafrechtswissenschaftlichen" Begriffen zu befassen, nachdem bereits Schwinge verschiedene Bedenken gegen diesen Dualismus überzeugend dargelegt hat[8]), und Wolfs Lehre neuerdings von Welzel einer grundlegenden Kritik unterworfen worden ist, auf die wir alsbald zurückkommen werden. Wohl aber erscheint es angebracht und notwendig, den grundsätzlichen Standpunkt Wolfs zu

5) Deshalb brauchen wir hier auch nicht näher auf die Kritik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht einzugehen. Die für unsere Fragestellung wichtigen Einwendungen (vgl. die Schriften von Dahm, Schaffstein, Welzel, Klee, Gallas, neuerdings Braun, andererseits Schwinge-Zimmerl S. 60 ff.) sind z. T. bereits im Zusammenhang mit der Ablehnung des zivilistischen Rechtsgutsdenkens berücksichtigt, z. T. werden wir auf sie noch später zurückkommen müssen.

6) vgl. oben S. 47; der Sache nach ist diese Auswirkung einer im Grunde teleologischen Betrachtungsweise natürlich schon früher, namentlich von Binding beachtet worden. Aber die Betonung des „Umformungsprozesses" selbst ist neu und als solche bereits wichtig.

7) Schuldlehre Bd. I S. 79, 93, 112 ff.; Sachbegriff S. 47 ff.; Typen der Tatbestandsmäßigkeit S. 55 ff.

8) Teleologische Begriffsbildung S. 67 bis 77. Erst recht gilt dies für die Zweiteilung Radbruchs (Rechtsphilosophie 1932, 116 ff.) in „rechtliche relevante Begriffe" und in „echte Rechtsbegriffe", die sich angeblich mit der doppelten Wertbeziehung Wolfs decken soll; vgl. Radbruch aaO. S. 117.

dem speziellen Problem des „Sachbegriffs im Strafrecht" kennen zu lernen[9]), weil Wolf damit das eigentliche Gebiet unserer Fragestellung nach der begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts betreten hat[10]) — allerdings an einer besonders günstigen Stelle. Denn die Beschränkung des Geltungsbereichs des § 90 BGB auf dieses Gesetz begünstigt insoweit zweifellos die Loslösung des Strafrechts vom Zivilrecht, die hinsichtlich des Sachbegriffs auch überwiegend anerkannt ist. Hierdurch werden die Ausführungen Wolfs in ihrer grundsätzlichen Bedeutung jedoch nicht beeinträchtigt. Auch Wolf erkennt die „Selbständigkeit" des „spezifisch strafrechtlichen Sachbegriffs" an[11]); aber er begründet sie anders, als dies herkömmlich zu geschehen pflegt[12]), indem er betont[13]), die weitgehende Sinngemeinschaft und wörtliche Übereinstimmung mit feststehenden zivilrechtlichen oder publizistischen Begriffen könne die Frage nach der besonderen „Nuance", welche der Sachbegriff durch seine Aufnahme in das Strafgesetz erhalte, nicht gleichgültig machen, „weil jedes, auch das bereits juristisch begrifflich vorgeformte Tatbestandselement durch diesen Vorgang eine Beziehung auf spezifische Strafrechtswerte[14]) erleidet". Daran anschließend stellt er den allgemeinen Grundsatz auf: „Jeder ab initio zivilrechtliche Begriff, der ins Strafrecht hineingenommen wird, erscheint in diesem neuen Licht und Lebensraum". Es ist selbstverständlich, daß diese Folgerung, die sich bemerkenswerter Weise auf alle — der Bezeichnung nach — zivilrechtlichen Begriffe des Strafrechts erstreckt, und die wir im Ergebnis[15]) für grundsätzlich richtig halten, nicht auf die angeblich dem Zivilrecht entlehnten strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale beschränkt bleiben darf, sondern in gleicher Weise für alle Begriffe aus anderen

9) RG Festgabe Bd. V S. 44 ff.

10) Zwar liegt die Lehre von der doppelten Wertbeziehung auch der Studie Wolfs über den Sachbegriff zugrunde; aber sie ist mit der speziellen Frage nach dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Strafrechts nicht verkoppelt, so daß sich die Ausführungen Wolfs zu dem letzteren Gesichtspunkt sehr wohl ausgliedern lassen. Auch der Umstand, daß das Ergebnis der Untersuchungen von Wolf nicht mit Unrecht weitgehend als zu kühn abgelehnt worden ist (vgl. z. B. Engisch Mon.Krim.-Psych. 1931, 244) steht der Verwertbarkeit seines Ausgangspunktes nicht entgegen, da die Kritik lediglich die positive Inhaltsbestimmung des Sachbegriffs, mit der wir uns nicht beschäftigen, beanstandet.

11) aaO. S. 46: „Der Sachbegriff des Strafrechts muß also zunächst selbständig gefunden werden (ausführliches Schrifttum in Note 9), unbeschadet der stets im Auge zu behaltenden Möglichkeit eines Sachbegriffs der allgemeinen Rechtslehre, welcher die Merkmale aller speziellen, dem Wesen der jeweils zu befriedigenden zivilistischen, kriminalistischen oder publizistischen Bedürfnisse teleologisch adaequaten Sachbegriffe in sich schließen müßte".

12) Meist begnügt man sich mit dem Hinweis auf § 90 BGB und die frühere Zersplitterung der landesrechtlichen Privatrechte; vgl. unten S. 206 fg.

13) aaO. S. 46.

14) Wem dies zu sehr „südwestdeutsch" klinge, möge Strafrechtszwecke sagen.

15) d. h. soweit es sich um die damit gewonnene Möglichkeit einer selbständigen spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung handelt.

Rechtsgebieten gelten muß, mit denen das Strafrecht in Berührung steht[16]). Sehen wir vorerst davon ab, daß es gerade zweifelhaft ist, ob und inwieweit das Strafrecht seine Begriffe wirklich „anderen Rechtsgebieten entlehnt", so wäre damit jedenfalls ein Weg gezeigt, auf dem die Bindung des Strafrechts an außerstrafrechtliche Normen verhindert oder beseitigt, d. h. die „Möglichkeit"[17]) einer abweichenden Auslegung eröffnet werden kann. Die Bedeutung dieses Gedankengangs für unsere Problemstellung ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Begründung.

In der Tat ist dieser von Wolf kurz skizzierte Gesichtspunkt alsbald von Schwinge aufgegriffen und auf breiterer Grundlage, insbesondere in Anlehnung an die Rechtsprechung des RG, selbständig weitergeführt worden[18]). Wie Schwinge[19]) an verschiedenen, der Rechtsprechung entnommenen Beispielen darlegt, ist die begriffliche Emanzipation des Strafrechts eine der Folgerungen der teleologischen Betrachtungsweise; sie sei durch eine „Inhaltsverschiebung" derjenigen Begriffe zu erklären, die, wie z. B. die Begriffe „bewegliche Sache, Eltern, Verlöbnis, Ehegatte, Vormund, Beamter" aus anderen Rechtsgebieten in das StGB übernommen seien und hierbei einen „Umformungsprozeß" durchgemacht hätten. Im Gegensatz zu Wolf hält Schwinge eine derartige Inhaltsverschiebung aber nicht bei allen Begriffen für möglich, sondern lediglich bei denjenigen „Gesetzesausdrücken, die nicht nur der juristischen Terminologie, sondern auch dem Laiensprachgebrauch angehören". Nicht „umformungsfähig" in diesem Sinn seien dagegen diejenigen Begriffe, „die ausschließlich der Rechtssprache angehören und darin eine feste terminologische Bedeutung haben"[20]). Sie müßten deshalb auch in strafrechtlicher Beziehung genau in derselben Bedeutung wie in ihren Heimatgebieten verwendet werden.

16) So mit Recht Thierfelder S. 66 Note 3, weil durch die Aufnahme dieser Begriffe „keine Spezialdeutungen" der fremden Rechtsgebiete in das Strafrecht hineinkämen; vgl. auch Graf zu Dohna aaO. S. 39: „Derselbe Rechtsbegriff wechselt seinen Inhalt, wenn er auf verschiedenen Rechtsgebieten Anwendung findet." Neuerdings Schwinge-Zimmerl (S. 24 unter Hinweis auf Englisch, Einheit S. 5 Note 2): „In zahlreichen Fällen wirkt sich der Geist der konkreten Ordnung, des Lebenskreises, wohin aus der allgemeinen Rechtsordnung stammende Begriffe verpflanzt sind, umgestaltend auf ihren Sinn aus."

17) Denn selbstverständlich ist damit nicht gemeint, daß nunmehr jedes Tatbestandsmerkmal und in jeder Beziehung abweichend ausgelegt werden müßte.

18) Teleologische Begriffsbildung S. 69 bis 71.

19) Er betont mit Recht, daß das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung und der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe „nur beschränkte Geltung" habe, und daß das Prinzip der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung bei der strafrechtlichen Begriffsbildung nur „von sekundärer Bedeutung" sei (aaO. S. 54 und 69).

20) So z. B. die Begriffe Aktien, Aktiengesellschaft, Adoptiveltern, Kinder, Bankrott, Inhaberpapier, Notar, Reichsrat, Reichstag usw. Die Eingruppierung der Begriffe in die eine oder andere Kategorie sei eine Auslegungsfrage.

Diese Unterscheidung klingt sehr bestechend, und in vergröberter Form haben wir sie schon in anderem Zusammenhang mehrfach angetroffen, und zwar meist, um die äußersten Grenzen einer weniger begriffsjuristischen, „tatsächlichen" oder „wirtschaftlichen", d. h. allgemein einer spezifisch strafrechtlichen Auslegungsmethode zu umreißen. Insbesondere Schubert[21]) hat betont, daß bei „Kunstgebilden" des Rechts eine tatsächliche Betrachtungsweise nicht möglich und deshalb bei solchen des Zivilrechts ausschließlich eine streng zivilistische Beurteilung zulässig sei, und er neigt offensichtlich dazu, derartige juristische Kunstgebilde in weitem Umfang, nämlich stets dann schon als vorliegend anzusehen, wenn es sich, wie z. B. bei der Ehe, um „bürgerlich-rechtliche Institute" handelt. Schwinge dagegen, der im Anschluß an die Rechtsprechung zutreffend gerade den Begriff „Ehegatte" als Beispiel für die begriffliche Emanzipation des Strafrechts erwähnt, will zweifellos den Kreis der Begriffe, die ausschließlich „der juristischen Terminologie angehören" sollen, bedeutend enger ziehen. Aber auch unter dieser Voraussetzung kann seine Unterscheidung zwischen umformungsfähigen und umformungsunfähigen Begriffen nicht als berechtigt anerkannt werden; insbesondere gibt es zu denken, daß bereits Schubert die bemerkenswerte Einschränkung: „soweit nicht ausschlaggebende strafrechtliche Gesichtspunkte dagegen sprechen" gemacht und damit die Ausschließlichkeit eines derartigen Prinzips aufgegeben hat. Zwar ist nicht zu bestreiten, daß es Begriffe gibt, die im allgemeinen als eindeutig bezeichnet werden dürfen[22]), und daß diejenigen Begriffe, die als termini technici der Rechtsprache Verwendung finden, weitgehend und mit Recht in einheitlichem Sinne verwendet werden. Aber daraus folgt lediglich, daß sich bei ihnen die Notwendigkeit einer abweichenden Auslegung seltener herausstellen wird; es geht deshalb zu weit, wenn Schwinge schon die „Möglichkeit" einer Inhaltsänderung dieser Begriffe, gleich in welchem Zusammenhang sie stehen, von vorneherein in Abrede stellt und damit den positivistischen Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe gerade für diejenigen Begriffe, die ausschließlich der Rechtssprache angehören, zum zwingenden Gesetz erhebt. Die bloße „Umformungsfähigkeit" i. S. Schwinges, mit der ja über die tatsächliche Umformung noch nichts gesagt ist, darf deshalb nicht für eine bestimmte Kategorie von Begriffen verneint werden. Das wird die spätere Darstellung der Rechtsprechung noch hinreichend beweisen, und das ergibt sich wohl auch schon daraus, daß mit der Unterscheidung Schwinges eine praktisch brauchbare Grenzlinie garnicht gezogen werden kann[23]),

21) vgl. oben S. 61.

22) Aber durchaus nicht nur innerhalb der termini technici der Rechtssprache.

23) Wir möchten die Frage offen lassen, ob es überhaupt Begriffe gibt, die ausschließlich der juristischen Terminologie und nicht auch irgendwie dem Laiensprachgebrauch angehören. Zum mindesten für das Gebiet des Strafrechts, das doch in

insbesondere auch nicht unter Zuhilfenahme der von ihm gegebenen Beispiele. Gehört der Begriff „Reichstag" wirklich nur der juristischen Terminologie und nicht auch dem Laiensprachgebrauch an? und nach welchen Gesichtspunkten soll diese Einteilung erfolgen, wenn andererseits die Begriffe Ehegatte, Vormund, Beamter zu den „umformungsfähigen" gerechnet werden? Wer würde nicht das Tatbestandsmerkmal der „Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers" i. S. des § 266 Nr. 2 StGB (a. F.) als ausschließlich der juristischen Terminologie angehörig bezeichnen, wenn er nicht wüßte, daß die Rechtsprechung in jahrelanger Kleinarbeit gerade hier bemerkenswerte Ansätze zu einer begrifflichen Emanzipation des Strafrechts herausgebildet hat? Schon diese wenigen Bedenken, die unschwer vermehrt werden könnten, weisen eindringlich darauf hin, daß die Unterscheidung Schwinges, so wie sie formuliert ist, nicht als berechtigt und praktisch brauchbar anerkannt werden kann.

3. Wie groß der in einer solchen Anerkennung liegende Rückschritt wäre, der gerade für unsere Fragestellung zu höchst angreifbaren Ergebnissen führen würde, lassen die vorbildlichen Ausführungen von Müller-Erzbach[24]) erkennen, der schon vor Jahren auf die „Relativität aller Begriffe hingewiesen und dabei gerade mit Recht betont hat, daß selbst die „allerfestesten Rechtsbegriffe" keine absoluten Werte[25]) darstellen und deshalb von diesen „Bedeutungsschwankungen" nicht ausgenommen sind. Diese Gesichtspunkte sind nicht nur von Schwinge nicht genügend berücksichtigt, sondern — zum mindesten auf strafrechtlichem Gebiet — ganz allgemein zu wenig beachtet worden, und es ist deshalb zu begrüßen, daß Müller-Erzbach seine Leitgedanken in einer neuen Kampfschrift[26]) wiederholt, wesentlich vertieft und zum Nachweis dafür, daß derartige Begriffsverschiebungen sogar innerhalb desselben Gesetzes vorkommen können, bezeichnenderweise auf das StGB Bezug genommen hat. Wenn er seine Ausführungen mit dem richtungweisenden Satz zusammenfaßt: „Die Welt des Rechts ist keine einheitliche, jeder Gesetzgeber formt sich von seinem Thron aus sein Weltbild, so ist die Welt des Zi-

besonderem Maße volkstümlich und allgemeinverständlich sein soll, wären solche Begriffe wirklich wenig geeignet.

24) Iherings Jahrbücher 61, 343 ff.

25) Iherings entgegengesetzte Ansicht wird als „Rückfall in scholastischen Begriffsrealismus" getadelt; vgl. insbes. aaO. S. 372: „Man wird deshalb einen Begriff nicht als eine bestimmte ein für allemal gegebene Größe ansehen dürfen, sondern in jedem Fall, wo vernünftigerweise Zweifel möglich sind, prüfen müssen, welche Inhaltsverschiebung der Begriff durch den Zusammenhang, insbesondere durch den Zweck der konkreten gesetzlichen Bestimmungen, erleidet." Das gilt selbst für so feste Rechtsbegriffe wie „Anfechtung" und „Eigentum". Vgl. Müller-Erzbach aaO. S. 352 und Wohin führt die Interessenjurisprudenz? S. 76; ferner Engisch, Einheit S. 44 Note 5; für die Relativität der Rechtsbegriffe auch Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S. 60 ff.

26) Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932, insbes. S. 73 ff.

vilisten eine andere als die des Kriminalisten"[27]), so können wir ihm nur zustimmen und wünschen, daß diese Erkenntnis sich auch hinsichtlich der sog. außerstrafrechtlichen Rechtsbegriffe des StGB durchsetzen möge. Die allgemeine Möglichkeit der abweichenden Auslegung gleichlautender Begriffe in verschiedenen Rechtsgebieten darf nicht nur als theoretisches Prinzip Anerkennung finden, sondern sie muß — gerade vom Standpunkt der teleologischen Betrachtungsweise — auch bei der praktischen Handhabung der Strafgesetze ständig beachtet werden. So wenig im Einzelfall eine Begriffsverschiebung tatsächlich festgestellt zu werden braucht, so wenig geht es an, diese Möglichkeit für eine bestimmte Gruppe von Begriffen schlechthin zu verneinen und — wie Schwinge es vorschlägt — das Prinzip der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe gerade für die ausschließlich der juristischen Terminologie angehörenden Begriffe als zwingenden Grundsatz aufrechtzuerhalten.

Die Erwägung, daß die Arbeiten Müller-Erzbachs fast ausschließlich auf zivilrechtlicher Grundlage durchgeführt sind, steht der Übertragung ihrer Ergebnisse auf das Gebiet des Strafrechts nicht entgegen. Im Gegenteil, gerade in neuerer Zeit ist die Brauchbarkeit der sog. Interessenjurisprudenz, aus der die Lehre von der Relativität der Begriffe entwickelt wurde, auch von strafrechtlicher Seite betont, ja ihr sogar in mancher Beziehung durchaus zu Recht der Vorzug vor der — auf der südwestdeutschen Wertphilosophie aufbauenden[28]) — teleologischen Begriffsbildung gegeben worden[29]). Engisch[30]) bezeichnet die Ausführungen Müller-Erzbachs sogar „als für den Kriminalisten vorbildlich", und der Hauptvertreter der Interessenjurisprudenz, Philipp Heck, bemüht sich neuerdings nachzuweisen, daß das konkrete Ordnungsdenken, „der neue Denktyp von Carl Schmitt sachlich nichts anderes ist als dasjenige Denken, das unsere Methode fordert"[31]). Wenn auch in dieser Hinsicht man-

27) aaO. S. 73; dagegen Alsberg (Pinner-Festschrift S. 230, allerdings nur für die Frage der Rechtswidrigkeit), der aber später zugeben muß, daß die Einheit der Rechtsordnung nicht Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe bedeute und daß die noch so fest umrissene und unbestrittene zivilistische Prägung eines Begriffs nicht hindern könne, daß das Strafrecht diesen Begriff in einer abweichenden, seinen besonderen Zwecken entsprechenden, Bedeutung verwendet..

28) Daß die Anknüpfung Schwinges, an die südwestdeutsche Philosophie, insbes. an Rickert, verfehlt war, ist heute überwiegend anerkannt; vgl. Kempermann S. 13 Note 2; Hegler, Festschrift für Heck u. a. S. 234, 235; Heck, Begriffsbildung S. 5, 29, 51 Note 1, 161; Thierfelder S. 34; Sauer ZStrW 53, 143.

29) vgl. den sehr lesenswerten Aufsatz von Engisch „Interessenjurisprudenz und Strafrecht", Mon.Krim.Psych. 1934, 65 ff. Dazu Schaffstein, Kritik der teleologischen Begriffsbildung S. 10 ff. mit der Besprechung von Welzel ZStrW 56, 118; ferner die Besprechung Müller-Erzbachs durch Mezger GS 103, 385 ff.

30) aaO. S. 79.

31) ArchZivPrax 1936, 22. Bd. (n. F.) S. 129 ff., 143 und 324; ferner Recht und Staat Heft 118: Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre. „Unsere Inter-

ches bestritten und zweifelhaft ist[32]), und wenn sich auch offensichtlich ernstere Gegensätze beider Denkmethoden immer klarer herausstellen werden, als dies bisher geschehen ist[33]), so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die vornehmlich von Müller-Erzbach ausgebildete Lehre von der Relativität der Rechtsbegriffe und ihre Folgerungen für die Auslegung gleichlautender Begriffe in verschiedenen Rechtsgebieten weitgehend für die Emanzipation der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale verwendet werden dürfen[34]).

Hiergegen bestehen um so weniger Bedenken, als neuerdings auch die Gefahr eines Mißverständnisses beseitigt worden ist, das nicht nur durch die irreführende Bezeichnung „Relativität", sondern auch durch gewisse Bemerkungen der Vertreter der Interessenjurisprudenz selbst mitveranlaßt war. Denn wenn diese zuweilen hervorheben, daß Rechtsbegriffe sich „eine gewisse Relativität wahren" müßten und deshalb am besten Begriffe verwendet würden, „die nur etwas Relatives sagen[35]), so war die Folgerung naheliegend, daß die Begriffe notwendig etwas Schwankendes haben müßten und daß diese neue Begriffsbildungslehre im Sinne eines schrankenlosen Relativismus, einer allgemeinen Ungenauigkeit aufgefaßt werden sollte. Gewiß spielt auch der Gesichtspunkt der schärferen oder verschwommeneren Umschreibung der Grenzen eines Begriffs eine nicht unwichtige Rolle, aber er trifft nicht den Kernpunkt der Lehre von der Relativität der Rechtsbegriffe. Denn hierbei handelt es sich in Wahrheit doch um die Erkenntnis, daß ein Begriff je nach „seinem Standort, seiner Beziehungslage, seinem Verwendungszweck, seinem Verwendungszusammenhang" etwas Verschiedenes bedeuten kann, ohne damit seine Eindeutigkeit und Bestimmtheit gerade für diesen in Betracht kommenden Fall einzubüßen. Dieser Gesichtspunkt ist zwar in der neueren

essenjurisprudenz ist eine Unterart der teleologischen Richtung und zwar eine besonders früh aufgetretene und eine besonders weitgehende" aaO. S. 131.

32) Dies gilt insbes. für die Frage, ob Interessen, Zwecke oder Werte als Arbeitsbegriffe verwendet und wie die Wertmaßstäbe ermittelt werden sollen. Hierüber und über die Gefahren einer zu sehr rationalistischen und utilitaristischen sowie über die Vorzüge einer wertenden Betrachtungsweise vgl. mit Verweisungen Schaffstein (Kritik) S. 10 unter Bezugnahme auf Stoll; Engisch aaO.; Welzel ZStrW 56, 118; Thierfelder S. 8; Mezger GS 103, 256 ff. und 385; Heck aaO. S. 8, 50; Schwinge (Begriffsbildung) S. 8; Kempermann S. 14; Hegler ZStrW 36, 20 Note 4.

33) Vgl. neuerdings Dahm ZStrW 57, 236 fg. und Brand, DRWiss 1938, 54 bis 75. Franzen, Arch. f. Rechts- u. Soz.Philos. 1938, 224.

34) Damit glauben wir uns nicht in Gegensatz zu Mezger (ZAkDR 1937, 420) zu stellen: „Einer Übertragung der — durchaus privatrechtlich gedachten — sog. Interessenjurisprudenz in das Strafrecht möchten wir freilich nicht das Wort reden." Über schwere Bedenken, ob die Interessenjurisprudenz die strafrechtliche Begriffsbildung maßgeblich bestimmen darf, vgl. Dahm, aaO. S. 239.

35) Müller-Erzbach aaO. S. 350 ff.; vgl. auch Heck aaO. S. 60: „Die Rechtsbegriffe teilen mit den Begriffen des Alltags die Eigenschaft, daß sie in der Regel . . . nicht festumgrenzt sind."

Schrift Müller-Erzbachs mit der erforderlichen Deutlichkeit betont worden[36]), gleichwohl ist es zu begrüßen, wenn neuerdings Edlin[37]) — unter Würdigung der dargelegten Bedenken — vorschlägt, statt von Relativität von dem Relations- oder Beziehungscharakter der Rechtsbegriffe zu sprechen und damit zum Ausdruck zu bringen, daß die unter Umständen gebotene Abwandlung des Begriffs, der in einer bestimmten Beziehung einen bestimmten besonderen Sinn erhalten hat, nicht mit dem Hinweis auf seine mangelnde Eindeutigkeit und Prägnanz in Zweifel gezogen werden kann[38]).

4. In dieser Richtigstellung scheint uns mehr zu liegen als nur eine sprachliche Verdeutlichung. Denn damit ist unsere Stellungnahme zu der bisher zurückgestellten Frage vorgezeichnet, in welchem Verhältnis die Lehre von der „originären Selbständigkeit" spezifisch strafrechtlicher Begriffe — wie wir sie bisher schon kennen gelernt haben — steht zu der Theorie der Inhaltsveränderung angeblich entlehnter Begriffe als Folge der mit der Übernahme verbundenen Umformung. Die Bezeichnung „Relativität" in dem von uns abgelehnten Sinn eines allgemeinen Relativismus läßt als Grundvorstellung die Auffassung durchscheinen, als ob die Begriffe „an sich" allgemeine Gültigkeit hätten, als ob es z. B. „einen" allgemeinen Begriff der Sache, des Besitzes, des Bevollmächtigten usw. gäbe, der allerdings recht unbestimmt sei, insbesondere verschwommene Grenzen habe und je nach seiner Entlehnung durch verschiedene Gesetze entsprechende Abwandlungen, Inhaltsverschiebungen erfahre. Der sog. Relations- oder Beziehungscharakter der Begriffe dagegen führt zur Annahme mehrerer selbständiger, inhaltlich verschiedener, aber jeweils bestimmter Begriffe, deren zufällig gleichlautende Bezeichnung lediglich eine äußere Gemeinsamkeit ohne inhaltliche Folgen darstellt. Diese Verschiedenheit der Auffassung scheint uns tiefere Bedeutung zu haben. Denn auch im Steuerrecht werden wir die — im Grunde gleiche — Problemstellung kennen lernen, wenn wir feststellen, daß es auch dort bestritten ist, ob die von der herkömmlichen, in

36) aaO. S. 25: „Nicht oder nicht hinreichend beachtet ist, obwohl es gerade für die Rechtswissenschaft unentbehrlich ist, das notwendige Verschieben des Inhalts und der Bedeutung der Begriffe, sobald sich der Standpunkt ändert, von dem aus der Forscher seine Welt der Erscheinungen betrachtet . . . Einen bestimmten Sinn hat ein Begriff immer nur von einem gewissen Gesichtspunkt aus;" vgl. auch aaO. S. 73 ff.

37) Ztschr. f. Rechtsphilosophie 1932/34 S. 139 ff. in einer lesenswerten Besprechung der Schriften Müller-Erzbachs und Hecks vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus.

38) vgl. ferner Edlin aaO. S. 145: „Die logische Voraussetzung der Interessenjurisprudenz ist die von der modernen (namentlich mathematischen) Logik geförderte Erkenntnis von der Natur des Begriffs, nämlich als einer „Funktion", bzw. einer besonderen Art der Funktion: der „Beziehung". Diesem Hinweis werden wir bei der Erörterung der Emanzipation steuerrechtlicher Begriffe wieder begegnen.

anderen Rechtsgebieten üblichen Inhaltsbestimmung abweichende Bedeutung gleichlautender steuerrechtlicher Begriffe lediglich auf eine verschiedene Auslegung allgemeiner Begriffe zurückzuführen oder durch die Annahme verschiedener selbständiger Begriffe zu erklären sei. Die praktische Wichtigkeit dieser Frage, die keineswegs nur von theoretischer Bedeutung ist, zeigt sich alsbald, wenn wir sie auf das strafrechtliche Gebiet übertragen und z. B. prüfen, ob das Tatbestandsmerkmal „Bevollmächtigter" lediglich eine „Nuance" des gleichlautenden zivilrechtlichen Begriffs darstellt oder als ein selbständiger, spezifisch strafrechtlicher Begriff aufzufassen ist. Die verschärfte Problematik dieser Fragestellung, deren Entscheidung in letzterem Sinn für uns nicht zweifelhaft sein kann, erstreckt sich auf alle diejenigen Begriffe, die wir — meist unter Berücksichtigung des früheren, nicht einheitlichen Landesprivatrechts — trotz ihrer entlehnten Bezeichnung als spezifisch strafrechtliche und in dem Sinn „originär selbständig" bezeichnet haben[39]), daß sie überhaupt nicht entlehnt, sondern vom StGB selbst geschaffen und deshalb lediglich aus ihm zu bestimmen sind. Denn es ist offensichtlich, daß man bei ihnen nur schwer die Vorstellung einer mit der Übernahme aus einem anderen Rechtsgebiet verbundenen Umformung allgemeingültiger Begriffe aufrechterhalten kann.

Im Grunde stehen wir auch hier vor der bereits mehrfach aufgeworfenen Frage, ob die strafrechtliche Begriffsbildung grundsätzlich nur auf dem Umweg über das Zivilrecht, mit Hilfe einer Begriffsanleihe in anderen Gebieten, also durch Umformung entlehnter Begriffe erklärt werden kann, oder als von Anfang an selbständig bezeichnet werden muß. Hierüber scheint weitgehend, und zwar auch bei den Vertretern der teleologischen Betrachtungsweise, noch Unklarheit zu bestehen. Zwar wird die „Selbständigkeit" der strafrechtlichen Begriffe auch von Wolf und Schwinge anerkannt; aber das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß beide von der „Übernahme" der Begriffe aus dem Zivilrecht ausgehen und nur durch eine begriffliche „Umformung" zu einer sachlich gebotenen Inhaltsabweichung der strafrechtlichen Begriffe gelangen, die sie deshalb als „selbständig" bezeichnen. Wir dagegen haben uns — der Rechtsprechung folgend und in Anlehnung an die historische Entwicklung — grundsätzlich für die Auffassung einer originären Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung entschieden und damit für zahlreiche Begriffe die Vorstellung einer ursprünglichen Begriffsanleihe abgelehnt. Diese Ansicht, die jedenfalls für die Mehrzahl der von uns zu untersuchenden Tatbestandsmerkmale gilt, dürfte aus grundsätzlichen Erwägungen den Vorzug verdienen. Zwar würde der Umstand, daß das heutige Zivilrecht zur Zeit des Inkrafttretens des StGB noch nicht als Grundlage für die Übernahme der Begriffe dienen konnte, der Annahme einer Begriffsanleihe des Strafrechts noch am wenigsten entgegenstehen.

39) oder noch bezeichnen werden.

Denn zweifellos gab es auch damals landesrechtliche außerstrafrechtliche Rechtsnormen und Begriffe, die entlehnt und umgeformt hätten werden können. Nur müßte dies zunächst einmal behauptet werden, aber das ist — soweit die Frage überhaupt erörtert wird — gerade nicht der Fall[40]). Aber auch abgesehen von diesen Bedenken, welche die Vorstellung einer mit der Entlehnung verbundenen Umformung der Begriffe als eine unrichtige Erklärung der tatsächlichen Entwicklung erkennen lassen, müssen wir diese Auffassung aus grundsätzlichen Erwägungen heraus ablehnen. Denn sie beruht offensichtlich auf der positivistischen Vorstellung von der Einheitlichkeit und Allgemeingültigkeit der Rechtsbegriffe, die sich „wie ein gespenstisches Netz" (C. Schmitt) über die Dinge legen, dann aber vom Richter auf Strafrechtszwecke (=werte) bezogen und so umgeformt werden. Die Begriffe als solche und ihre abstrakte Ausrichtung stehen im Mittelpunkt der Betrachtung; erst von den „an sich" allgemeingültigen" Begriffen, die zunächst einmal zu strafrechtlichen „umgeformt" werden müssen, gelangt man schließlich zu den Dingen, deren wahres Wesen aber durch die selbständige Technik dieser Begriffsbildungs- und Auslegungsmethode mehr oder weniger verzerrt erscheint.

Wir haben früher bereits in der Lehre Hirschbergs von der Notwendigkeit der privatrechtlichen Vorformung eine ähnliche Auffassung kennen gelernt[41]), bei der die für das Strafrecht zugegebene „geringere ziviliſtische Salonfähigkeit" als Ergebnis einer teleologischen Umformung der Begriffe aufgefaßt werden kann. Wir haben ihr aber damals schon die jedenfalls richtigere Ansicht H. Mayers gegenübergestellt, der gerade umgekehrt von dem natürlichen Sprachgebrauch des Alltaglebens ausgehen und durch dessen „Zuschärfung" i. S. des Strafrechts eine spezifisch strafrechtliche, originär selbständige Begriffsbildung entwickeln will. Wenn wir nun noch diese Zuschärfung nicht in dem falschen formaljuristischen Sinn einer Steigerung der gedanklichen Abstraktion auffassen, sondern als möglichst vollkommene Anpassung der volkstümlichen Begriffe an die Lebenstatsachen verstehen, denen die juristischen Be-

40) Dies beruht einmal auf der meist gedankenlos unterstellten Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe, sodann aber auf der Erwägung, daß sich eine derartige Behauptung im Hinblick auf die dargelegte Rechtszersplitterung der früheren Landesprivatrechte und die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung der Strafrechtsnormen weitgehend nicht aufrechterhalten läßt. Zwar ist H. Mayer der Ansicht (Untreue S. 277 ff., 283; ZBl. f. HandR. 1933, 147; vgl. auch Lobe, Frank-Festgabe S. 40), der Begriff „verfügen" i. S. des § 266 StGB (a. F.) sei in der abweichenden Bedeutung der Gesetzessprache von 1869 übernommen worden. Demgegenüber hat aber schon Oetker (GS 94, 284) darauf hingewiesen, daß der heutige technische Begriff der Verfügung bereits von den Konkursordnungen verwendet worden sei, so daß also auch dieser Begriff nicht anders zu beurteilen ist als die übrigen scheinbar entlehnten zivilrechtlich technischen Begriffe des StGB.

41) vgl. oben S. 72.

griffe möglichst sinnvoll „nachgebildet“ [42]) werden müssen, so glauben wir damit die „originäre Selbständigkeit“ der spezifisch strafrechtlichen Begriffe am besten veranschaulicht, jedenfalls aber die Gegensätzlichkeit unserer Auffassung und der Lehre von der Begriffsumformung hinreichend betont zu haben. Es ist ein durchaus verfehlter Ausgangspunkt, wenn man z. B. das Wesen der Untreue zunächst einmal in Anlehnung an den — wenn auch noch so sehr umgeformten — zivilrechtlichen Begriff der Vollmacht und des Bevollmächtigten zu erfassen sucht. Denn die Verwendung scheinbar zivilistischer Begriffe ist häufig lediglich ein „Notbehelf“, eine mißverständliche und fehlerhafte Ausdrucksweise, die zweifellos besser vermieden worden wäre, die aber jedenfalls nicht im Sinn einer beabsichtigten Bindung des Strafrechts an zivilrechtliche Normen aufgefaßt und noch weniger als logische Folgerung aus dem Prinzip der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts oder der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe anerkannt werden darf. Es ist denn auch kein Zweifel, daß die Rechtsprechung, die von Anfang an ein viel größeres Verständnis für diese Zusammenhänge bewiesen hat und der wir fast ausschließlich diese Erkenntnis verdanken, nicht von einer durch „Umformungsprozesse“ bedingten „Inhaltsverschiebung“ entlehnter Begriffe ausgeht, sondern stets die „Selbständigkeit“ der strafrechtlichen Begriffe i. S. ihrer ursprünglichen Unabhängigkeit betont. Nur so ist es gelungen, die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale in weitem Umfang von ihrer begrifflichen Bindung an außerstrafrechtliche Bedeutungszusammenhänge zu befreien und sie so auszulegen, wie Sinn und Zweck des Strafrechts es erfordern. In der Tat handelt es sich heute nicht mehr darum, Begriffe umzuformen und sie i. E. den Dingen aufzuzwingen, sondern es gilt, zu den Lebenstatsachen hinabzusteigen und sie unter Berücksichtigung der Ziele, die erreicht werden sollen, möglichst anschmiegsam begrifflich einzufangen. M. a. W., das Recht, das früher und gerade auf dem hier erörterten Grenzgebiet mit abstrakten Allgemeinbegriffen an das Leben mechanisch herangetragen wurde, muß nunmehr aus der — jedenfalls weitgehend — sinnvoll geordneten Welt der Wirklichkeit herausgeholt werden.

Die wesentliche Vertiefung dieses Grundgedankens — auf den zahlreiche Arbeiten der Strafrechtserneuerung, soweit sie sich mit der Notwendigkeit eines neuen konkreten oder rechtsinhaltlichen Denkens beschäftigen, abgestimmt sind — verdanken wir der verdienstvollen Schrift

42) Über diesen Gesichtspunkt, sowie allgemein über die „Begrenztheit der juristischen Begriffsbildung“ vgl. Dahm (Grundfragen) S. 87; „Es handelt sich also gar nicht um ein Problem der Begriffsbildung, sondern der Begriffsnachbildung, der nachdenklichen Begriffsauffassung, um eine Besinnung auf das Wesen der Dinge, auf die lebendige Gemeinschaft, in der wir leben ... .“ Ähnlich bereits vorher Thierfelder S. 8 Note 3 unter Hinweis auf Binder: „Wir täten überhaupt im Strafrecht gut daran, nicht so viel von Begriffsbildung als von Begriffserfassung zu sprechen.“

von Welzel [43]), die im Schrifttum zwar nicht einheitlich beurteilt worden ist [44]), deren wesentliches Ergebnis jedoch Anerkennung verdient. Es besteht in der Erkenntnis, daß die Begriffsbildungen der Gesetze „keine methodologischen Umformungen eines amorphen Materials“ sind, sondern „Deskriptionen“, „Reproduktionen eines gestalteten ontischen Seins“, . . d. h. „mehr oder weniger geglückte Versuche, dieses ursprüngliche Wertsein begrifflich theoretisch einzufangen“ [45]). Dieser Auffassung, die nicht nur das Verhältnis der theoretischen Begriffsbildung zu den Lebenstatsachen neu klärt, sondern auch unsere Fragestellung in anderem Licht erscheinen läßt, haben wir uns in den vorstehenden Ausführungen bereits weitgehend angeschlossen und damit die Kritik Welzels, der sich insbesondere gegen die „Umformungsprozesse“ im Sinne Wolfs wendet und der teleologischen Begriffsbildung „fundamentale Mängel“ vorwirft [46]), berücksichtigt, soweit sie für unsere Untersuchung von Bedeutung erscheint. Daß diese Kritik nicht die bisherigen, gerade von der teleologischen Betrachtungsweise mühsam errungenen Ansätze einer begrifflichen Emanzipation des Strafrechts bekämpfen will, sondern lediglich — von einem ganz umfassenden Standpunkt aus — eine richtigere Erklärung auch für diese Erscheinung zu geben sucht, kann schon nach der Grundtendenz der an Gedankengängen von Carl Schmitt [47]) ausgerichteten Arbeit nicht zweifelhaft sein. Auch wir wollen die Verdienste, die sich die Lehre von der „Umformung“ der Begriffe im Kampf um die Befreiung des Strafrechts von außerstrafrechtlichen Denkfesseln erworben hat, gewiß nicht verkleinern, wenn wir grundsätzlich der Auffassung von der originären Selbständigkeit der Begriffe den Vorzug geben. Denn in erster Linie kommt es heute noch mehr auf die Emanzipation des Strafrechts im Ergebnis an, als auf die Ausmerzung gewisser Unebenheiten ihrer Begründung. Außerdem wird der Gesichtspunkt der „Inhaltsverschiebung“, des „Bedeutungswandels“ der Begriffe aus teleologischen Erwägungen, der offensichtlich einen ganz erheblichen Fortschritt gegenüber der

43) Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht S. 67 ff.

44) vgl. die Besprechungen von Adami JW 1935, 2348; Mezger DJ 1935, 1394; Schaffstein ZStrW 56, 112; Mittermaier MonKrimBiol. 1937, 58; v. Gemmingen, Arch. Rechts- u. Sozialphilosophie 1938, 244.

45) aaO. S. 74, 75 ausführlich; dieser Gesichtspunkt ist schon in einem früheren Aufsatz Welzels: „Über Wertungen im Strafrecht“ (GS. 103, 340) klar herausgestellt worden; vgl. z. B. S. 346: „Die Tatbestände können das vorgegebene ontologische Material nur widerspiegeln, sprachlich und begrifflich umreißen, aber der Gehalt der Widerspiegelungen kann nur durch eindringliche Einsichtnahme in die ontologische Wesensstruktur des Gegenständlichen selbst herausgearbeitet werden.“ — Über die von Welzel betonte „deskriptive“ Natur aller Begriffe vgl. unten S. 315 fg.

46) aaO. S. 67, 71.

47) der die Emanzipation der steuerrechtlichen Begriffe gerade als Ergebnis der erfolgreichen Bekämpfung des normativistischen Denkens in abstrakten Allgemeinbegriffen begrüßt; vgl. unten S. 125.

Lehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts darstellt, als gedankliches Bild und praktisches Hilfsmittel auch in Zukunft seine Bedeutung behalten. Namentlich dann[48]) wird man auf ihn zurückgreifen müssen, wenn sich keine sonstigen Anhaltspunkte zur Feststellung einer „selbständigen" strafrechtlichen Begriffsbildung finden lassen, insbesondere, wenn der Strafgesetzgeber fälschlich von einer Bindung an außerstrafrechtliche Normen ausgegangen ist, die dann nur durch einen Hinweis auf ihre Ungeeignetheit zur Erreichung des jeweiligen Gesetzeszweckes gesprengt werden kann. Dieses Verdienst, auf ihre Weise zur Befreiung des Strafrechts aus den Begriffsfesseln außerstrafrechtlicher Normen wesentlich beigetragen zu haben, wird der teleologischen Betrachtungsweise stets verbleiben[49]), und insoweit dürfen auch wir auf den Ergebnissen der erwähnten Untersuchungen aufbauen, ohne den Vorwurf befürchten zu müssen, wir hätten ihre neuerdings erfolgte Kritik nicht hinreichend berücksichtigt.

Die in den bisherigen Ausführungen erfolgte Zusammenfassung und Betonung verschiedener Gesichtspunkte für die Möglichkeit einer Befreiung des Strafrechts von strafrechtsfremden Begriffs- und Denkfesseln darf nun nicht den falschen Eindruck erwecken, als sei die Notwendigkeit einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise auch nur annähernd in dem dargelegten Umfang anerkannt. In Wahrheit kann hiervon auch nach dem heutigen Stand der Rechtslehre noch keine Rede sein. Wir haben bereits früher darauf hingewiesen, daß das einschlägige, allerdings aus der Zeit vor 1933 stammende, strafrechtliche Schrifttum nichts weniger als „emanzipationsfreundlich" bezeichnet werden darf, daß es sowohl dem Ziel als auch schon der allgemeinen Tendenz unserer Arbeit grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. Um keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen, müssen wir deshalb nochmals betonen, daß die meisten der geschilderten Ansätze einer spezifisch strafrechtlichen, insbesondere vom Zivilrecht abweichenden Auslegung und Begriffsbildung[50]) unter der bisherigen Herrschaft des Akzessorietätsprinzips längst vergessen, untergegangen, d. h. von der Übermacht des zivilistischen Denkens im Strafrecht erdrückt worden sind. Vor allem fehlt es völlig an einer Zusammenschau all dieser Erwägungen, die zwar noch manche Unvollkommenheit, aber doch viele richtige Erkenntnisse enthalten;

48) und erst recht, solange die Irrlehre von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts noch nicht überwunden und die Notwendigkeit einer wirklich selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildung noch nicht erkannt ist.

49) Vgl. auch Mezger, ZAkDR 1937, 420: „Sie trägt auch heute Wesentliches zum Verständnis der Rechtsinstitute bei, sofern man nur den „Zweck" nicht nur auf das Endziel, sondern auch auf die Mittel bezieht."

50) die unter diesem besonderen Gesichtspunkt kaum Beachtung gefunden haben, zum größten Teil erst wieder entdeckt und ins Gedächtnis zurückgerufen werden mußten.

und noch niemand hat den Versuch unternommen, sie, wie es erforderlich ist[51]), in ihrer Gesamtheit für die Lösung unseres Problems einzusetzen und auszuwerten. Die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit einer Loslösung des Strafrechts vom Zivilrecht ist nicht nur ganz selten und meist beiläufig aufgeworfen, sondern bisher auch überwiegend lediglich an Hand einzelner Beispiele, also nur in beschränktem Umfang erörtert worden. So unzulässig es deshalb wäre, die verschiedenen Ansichten der erwähnten Schriftsteller als Ausdruck einer verbreiteten Rechtsauffassung zu bezeichnen, so wenig dürfen andererseits die von ihnen aufgezeigten Gesichtspunkte als abschließende Beurteilung und endgültige Lösung unserer Problemstellung hingenommen werden. Sie stellen vielmehr nur mehr oder weniger geglückte Versuche dar, auf strafrechtlichem Gebiet für bestimmte Fälle zu einer wirklichkeitsnahen, sinn- und zweckentsprechenden Gesetzesauslegung zu gelangen; sie sind deshalb nur als vorläufige Ergebnisse unserer Untersuchung über Umfang und Grad der Emanzipation des Strafrechts aufzufassen, deren endgültige Beurteilung erst an Hand der Rechtsprechung des RG erfolgen kann.

F. Die „Selbständigkeit" der steuerrechtlichen Begriffsbildung als Vorbild für die begriffliche Emanzipation des Strafrechts vom Zivilrecht.

I. Bevor wir zu dem entscheidenden Abschnitt unserer Untersuchung, der Darstellung der Rechtsprechung des RG, übergehen, müssen wir eine Abschweifung auf das Gebiet des Steuerrechts machen, weil dort die Frage nach der begrifflichen Emanzipation der aus dem Zivilrecht entlehnten Begriffe bereits seit längerer Zeit ausführlich erörtert und neuerdings zu einem gewissen Abschluß gelangt ist. Dieser Umweg erscheint nicht nur sachdienlich im Hinblick auf die geringe Ausbeute, die uns die Durchprüfung des strafrechtlichen Schrifttums für die Lösung unseres Problems gebracht hat, sondern er ist wegen der grundsätzlichen Gleichheit der Fragestellung in beiden Rechtsgebieten und des fortgeschrittenen Standes der steuerrechtlichen Entwicklung für eine abschließende Beurteilung unbedingt erforderlich[1]). Es ist geradezu erstaunlich und ein erneuter Beweis dafür, wie wenig man die grundsätzliche Bedeutung unserer Problemstellung bisher erkannt hat,

51) Die fortschreitende unzulässige Zivilisierung des Strafrechts ist nämlich nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß die ohnehin nicht zahlreichen Gegner dieser Entwicklung immer nur vereinzelt kämpften und sich nicht in dem erforderlichen Maße zusammenfanden, um mit Aussicht auf Erfolg Widerstand leisten zu können.

1) In grundsätzlicher Hinsicht werden wir aus der Verselbständigung des Steuerrechts mehr lernen können als aus sämtlichen bisher herangezogenen strafrechtlichen Untersuchungen.

daß die Parallelentwicklung im Steuerrecht von strafrechtlicher Seite so gut wie nicht beachtet, geschweige denn für die Förderung der Emanzipation des Strafrechts ausgewertet worden ist. Abgesehen von dem Hinweis Grünhuts[2]) auf die Bedeutung der grundlegenden Ausführungen von Emge[3]) für das wenig behandelte Problem der abweichenden Auslegung gleichlautender Begriffe in verschiedenen Rechtsgebieten, hat lediglich Schwinge ganz kurz auf die Ähnlichkeit der steuerrechtlichen Entwicklung aufmerksam gemacht[4]). Deshalb hatte Müller-Erzbach noch im Jahre 1932 allen Anlaß, die verbreitete irrige Auffassung, daß die Abwandlungen zivilrechtlicher Begriffe im Steuerrecht eine Besonderheit dieses Rechtsgebiets seien, zu rügen und zu betonen, daß es sich in Wahrheit um eine für alle Rechtsgebiete geltende Erscheinung handele[5]).

1. Dabei hätte doch eine rechtsvergleichende Auswertung der steuerrechtlichen Entwicklung gerade für das Strafrecht besonders nahe gelegen. Denn die Verwandtschaft dieser beiden früheren „Kerngebiete des rechtsstaatlichen Liberalismus" (C. Schmitt) ist offensichtlich und jedenfalls von den Gegnern der steuerrechtlichen Emanzipation häufig genug betont worden. Immer wieder haben diese versucht, dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit des Einzelnen und der positivistischen Gesetzesbestimmtheit auf dem Gebiet des staatlichen Steuereingriffsrechts dieselbe überragende Bedeutung beizulegen, wie sie früher im Strafrecht allgemein anerkannt war. Auch das Entstehen der Steuerschuld sollte an die genau festzustellende Verwirklichung des steuerrechtlichen „Tatbestandes" geknüpft und mit entsprechenden Kautelen umgeben werden. Nach der gesetzlichen Anerkennung des Strafgesetzes als der Magna Charta des Verbrechers (nulla poena sine lege) sollte auch dem Bürger die „Erlaubnis zur Steuerumgehung" (nullum vectigal sine lege) gewissermaßen als Grundrecht garantiert werden. Noch im Jahre 1929 hat Hedemann[6]) diese Parallele anerkannt und dieser weitverbreiteten Auffassung in zugespitzter Formulierung[7]) Ausdruck verliehen, obwohl der damalige

2) RG Festgabe Bd. V S. 129 Note 84 und Frank-Festgabe Bd. I S. 19 N. 6.

3) ArchZivPrax 129, 49 ff.: Über das grundsätzliche Verhältnis des Zivilrechts zum Steuerrecht.

4) Teleologische Begriffsbildung S. 69 Note 201 unter Bezugnahme auf die Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 1927 S. 80 ff.

5) Wohin führt die Interessenjurisprudenz? S. 77 unter gleichzeitiger Angabe der wichtigsten steuerrechtlichen Untersuchungen von Becker, Ball, Emge u. a.

6) RG und Wirtschaftsrecht S. 9 ff. vom scheinbar unparteiischen Standpunkt des zivilistischen Beobachters aus. Auch er betont, daß in beiden Gebieten Garantien zum Schutz des einzelnen Individuums gegen die Übermacht des Staates nötig seien, und daß es sich bei den steuerrechtlichen Begriffsabweichungen „um die ganz eigen (?) gelagerte Materie des Steuerrechts" handele.

7) „So wie man sagen darf: dem Staatsbürger ist es unbenommen, aus dem unter Strafe gestellten Tatbestand in einen anderen, ihm gleiche wirtschaftliche Ziele

Stand der steuerrechtlichen Entwicklung bereits zu erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Behauptung hätte Anlaß geben müssen. Auch in den steuerrechtlichen Untersuchungen werden wir dieser Beweisführung häufig begegnen, wenn es sich darum handelt, die Freiheit des Einzelnen vor „unberechtigten", d. h. nicht genau vorausberechenbaren, Eingriffen des Staates mit dem Hinweis auf die gefährdete Rechtssicherheit zu verteidigen. Andererseits kennzeichnet es gerade die Vorbildlichkeit des Steuerrechts, daß es dieser Beweisführung des rechtsstaatlichen Liberalismus nicht erlegen ist, sondern sich ihr bewußt und erfolgreich widersetzt hat; und deshalb dürfen und müssen wir auch die steuerrechtliche Entwicklung für die Klärung unserer strafrechtlichen Fragestellung weitgehend heranziehen.

2. Es bleibt das Verdienst von Carl Schmitt, auf die frühzeitige Auflösung des Positivismus im Steuerrecht, dessen Entwicklung bereits früh zu einer weitgehenden Verselbständigung seiner scheinbar zivilrechtlichen Begriffe geführt hatte, von höherer Warte aus hingewiesen und die Emanzipation des Steuerrechts in den Dienst der allgemeinen Erneuerung des Rechtsdenkens gestellt zu haben[8]). Die Geschichte der steuerrechtlichen Emanzipation ist für uns auch nicht nur wegen der Gleichheit der Fragestellung, sondern vor allem deshalb aufschlußreich, weil die Frage der Begriffsabwandlungen hier bewußt zum Problem erhoben, unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte erörtert und nach heftigen Kämpfen neuerdings sogar durch das Steueranpassungsgesetz zu einem gewissen Abschluß gebracht worden ist, den die Anhänger der begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts ohne Zweifel als großen Erfolg ihrer Bemühungen buchen können. Eine rechtsvergleichende Betrachtung erscheint sogar notwendig, weil nunmehr der Zeitpunkt gekommen ist, in dem die heute so oft betonte Vorbildlichkeit des Steuerrechts[9]) als des Schrittmachers und Trägers der allgemeinen Rechtserneuerung zum mindesten von strafrechtlicher Seite erkannt und berücksichtigt werden muß. Nicht mit Unrecht bedauern die Steuerrechtler, die gerade bei den Bemühungen um die begriffliche Befreiung der „steuerrechtlichen Tatbestandsmerkmale" den An-

sichernden, aber straflos gebliebenen Tatbestand zu flüchten (!), darf eben Ähnliches auch für das Steuerrecht gesagt werden."

8) Vgl. die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens S. 61: „Im Steuerrecht, dessen Bestimmtheit für das rechtliche Denken in gleicher Weise von grundsätzlicher Bedeutung ist, treten an die Stelle der ausgefeilten, aus dem Privatrecht übernommenen, scheinbar juristisch festen Begriffe andere, auf die wirtschaftliche und soziale Wirklichkeit unmittelbar bezugnehmende Rechtsbegriffe." Über die symptomatische Bedeutung dieser Entwicklung vgl. bereits oben S. 16.

9) vgl. hierüber unten S. 165, insbesondere die angeführten Schriften von Becker und Wacke über die „Fruchtbarkeit" des Steuerrechts und seine Bedeutung für den „Rechtsneubau".

schluß an das „konkrete Ordnungsdenken" gefunden haben[10]), daß die in dieser Hinsicht fortschrittliche Entwicklung ihres Arbeitsgebiets viel zu wenig beachtet werde[11]); und wir wollen deshalb — schon in eigenem Interesse — ihre Mahnung beherzigen und durch die Auswertung der steuerrechtlichen Erkenntnisse für die Klärung unserer Fragestellung diesen vorbildlichen Einfluß des Steuerrechts wenigstens auf dem Gebiet des Strafrechts mit Dank bestätigen.

Zu diesem Zweck aber bedarf es einer näheren Darstellung der Entwicklungsgeschichte der begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts, die zwar hier nur in großen Zügen erfolgen kann, die aber gleichwohl nicht nur einen lohnenden Rückblick auf früher heiß umstrittene Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, sondern auch wertvolle Erkenntnisse für unsere strafrechtliche Problemstellung vermitteln wird. Dabei lehnen wir uns weitgehend an die historische Entwicklung an, da sie das beste Bild von den jeweiligen entscheidenden rechtspolitischen Strömungen gibt, welche die Beantwortung unserer Frage beeinflußt haben. Eine derartige Zusammenschau ist nicht zuletzt auch deshalb wichtig und erforderlich, weil die verschiedenen, zum Teil ausgezeichneten steuerrechtlichen Abhandlungen — wie ein Blick in das strafrechtliche Schrifttum beweist — dort nicht genügend Beachtung finden, zum Teil auch wegen der zahlreichen steuerrechtlichen Einzelheiten die Bedeutung der grundsätzlichen Frage jedenfalls für den Außenstehenden nicht voll zur Geltung kommen lassen[12]). Neuerdings besteht außerdem sogar die Gefahr, daß die aufschlußreiche Problematik der Frage nach dem begrifflichen Verhältnis des

10) Insbesondere Becker und Wacke stützen sich dabei auf C. Schmitt, der die steuerrechtliche Begriffsbildung als für das konkrete Ordnungsdenken vorbildlich bezeichnet hat (aaO. S. 62), weil sie — im Gegensatz zu dem aus Regeln- und Entscheidungsdenken kombinierten Gesetzespositivismus — die Möglichkeit eröffnet, „der konkreten Wirklichkeit eines Lebensverhältnisses unmittelbar gerecht zu werden."

11) vgl. die Besprechung von Wacke, Steuerrecht und Rechtsneubau durch Megow JW 1936, 3170: „Leider muß festgestellt werden, daß das Steuerrecht trotz seiner stets modernen Gestaltung bisher eine verhältnismäßig geringe Auswirkung auf das allgemeine Rechtsdenken und die allgemeine Rechtsgestaltung gewonnen hat, . . . daß leider sowohl das allgemeine Rechtsschrifttum als auch die allgemeine Rechtsprechung bisher praktisch fast überhaupt nicht von den Gedankengängen und der frischen Betrachtungsweise des Steuerrechts berührt worden ist."

12) Sie liegen zum Teil, insbes. soweit sie sich entscheidend um die Emanzipation des Steuerrechts bemüht haben, auch zeitlich schon länger zurück und finden sich meist in Aufsätzen in verschiedenen Steuerzeitschriften zerstreut. Die neuere Schrift von Wacke „Steuerrecht und Rechtsneubau" beschäftigt sich nicht ausführlich genug mit unserer besonderen Fragestellung (vgl. S. 60 ff.), setzt für den Strafrechtler zu viel voraus und berücksichtigt vor allem die früheren Gegner der Verselbständigung des Steuerrechts zu wenig, um als Grundlage für die Widerlegung der entsprechenden Einwendungen auf strafrechtlichem Gebiet dienen zu können.

Zivil- und Steuerrechts durch die Neuregelung des Steueranpassungsgesetzes[13]) zurücktreten und — weil für das Gebiet des Steuerrechts weitgehend gesetzlich geklärt — an Bedeutung verlieren wird. Die Abschweifung auf ein benachbartes Rechtsgebiet stellt andererseits keinen unzulässigen Übergriff dar; denn wir beschränken uns hierbei ausschließlich auf die Schilderung der grundsätzlichen Gesichtspunkte, die für oder gegen die Emanzipation der vom Zivilrecht entlehnten Begriffe ins Feld geführt worden sind, ohne auf spezifisch steuerrechtliche Einzelfragen und Besonderheiten näher einzugehen[14]). Dabei hoffen wir, daß gerade diese Unbelastetheit mit steuerrechtlichen Spezialfragen besonders günstig ist, um die Grundlinien der steuerrechtlichen Entwicklung, die von der ursprünglichen Bindung ans Zivilrecht zu einer weitgehenden „Selbständigkeit" der vom Steuerrecht verwendeten zivilrechtlichen „Hilfsbegriffe" geführt hat, von einem übergeordneten Blickpunkt aus klar überschauen und in ihrer grundsätzlichen Bedeutung für unsere Fragestellung erkennen zu können. Deshalb wird uns auch der Steuerrechtler eine — allerdings in beschränktem Rahmen sich haltende — eigene Stellungnahme zu bestimmten Fragen seines Arbeitsgebiets, die im Grunde aber gar keine spezifisch steuerrechtlichen Probleme sind, nicht verargen können, und ebenso wird es durchaus zulässig sein, die gewonnenen grundsätzlichen Erkenntnisse, die den Sieg der steuerrechtlichen Emanzipationsbestrebungen nicht zweifelhaft erscheinen lassen, auf das strafrechtliche Gebiet zu übertragen und ihr Gesamtergebnis für unsere Untersuchung zu verwerten.

Daß die Anhänger der grundsätzlichen Selbständigkeit des Steuerrechts zuweilen in „eine vielleicht überscharfe Kampfstellung" geraten sind[15]), ist in unseren Augen und besonders im Hinblick auf das Ziel unserer Untersuchung kein Nachteil. Denn wenn dies wirklich der Fall gewesen sein sollte, dann beweist es lediglich die Richtigkeit der Erkenntnis, daß wirkliche Erfolge, auch auf dem Gebiet der Wissenschaft, nicht durch vorsichtige Vermittlungsversuche, sondern nur durch eine klare Aufzeigung der Frontenstellung, durch die Betonung der „Gegensätze der Richtung" errungen werden können. Jedenfalls gilt dies für den heutigen Stand der Strafrechtsentwicklung; denn zur Zeit kann die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Rechtsdenken allenfalls als Aufgabe, als erstrebenswertes, aber noch keineswegs erreichtes Ziel bezeichnet wer-

13) insbes. im Hinblick auf das in § 1 Abs. 3 aaO. vorgeschriebene Gebot der „Beurteilung von Tatbeständen" nach nationalsozialistischer Weltanschauung, das über die hier behandelten Auslegungsfragen weit hinausgeht; vgl. hierüber unten S. 166.

14) Insoweit müssen wir auf die jeweils angeführten Einzelschriften verweisen, die ganz allgemein geradezu eine Fundgrube für unsere Problemstellung wichtiger Gesichtspunkte darstellen.

15) Wie dies Becker (StuW 1934, 299 ff.) — m. E. etwas sehr zuvorkommend — den Ausführungen Liebischs (vgl. unten S. 160) gegenüber zugibt.

den. Deshalb wäre es auch verfehlt, den bereits wiederholt erwähnten Gegensatz der Betrachtungsweise vorzeitig zu mildern. Auch auf dem Gebiet des Steuerrechts müssen wir die Erfahrung machen, daß Vermittlungsvorschläge i. S. eines Ausgleichs der Gegensätze durchweg von denjenigen befürwortet werden, die in grundsätzlicher Hinsicht zu den Gegnern der begrifflichen Emanzipation zu rechnen sind[16]).

3. Die Verselbständigungsbestrebungen machten sich auf dem Gebiet des erst im Jahre 1919 neu geschaffenen Reichssteuerrechts schon sehr früh bemerkbar und wurden durch verschiedene, alsbald zu besprechende Umstände zweifellos begünstigt, ohne daß jedoch die steuerrechtliche Entwicklung — wie dies zuweilen behauptet worden ist — ausschließlich hierauf zurückgeführt werden müßte. Die heute fast allgemein anerkannte weitgehende „Selbständigkeit" der steuerrechtlichen Begriffsbildung ist vielmehr denjenigen Männern zu verdanken, die — in betontem Gegensatz zu der damals herrschenden positivistischen Grundvorstellung von der Einheitlichkeit aller Rechtsbegriffe — sich schon früh für eine spezifisch steuerrechtliche Betrachtungsweise eingesetzt haben und unter denen Enno Becker, der verdienstvolle Schöpfer der Reichsabgabenordnung und unermüdliche Vorkämpfer für die begriffliche Emanzipation des Steuerrechts, als erster zu nennen ist[17]). Es kennzeichnet die grundsätzliche Verschiedenheit dieser Betrachtungsweise und mag als Streiflicht von allgemeinerem Interesse erwähnt werden, daß Ball, einer der tüchtigsten Anhänger der Lehre Beckers, bereits im Jahre 1925 sich nicht nur mit Nachdruck gegen die Übertragung des strafgesetzlichen Analogieverbots auf das Gebiet des Steuerrechts gewandt, sondern auch die Zweckmäßigkeit des früheren § 2 StGB mit einer Begründung verneint hat, die sich auf strafrechtlichem Gebiet erst nach 1933 durchzusetzen begann[18]). Zwar wurde die Entwicklung der spezifisch steuerrechtlichen Betrachtungsweise durch eine *besondere Auslegungsvorschrift*[19]) stark gefördert, und zum mindesten im Anfang erblickte man

16) Da wir die rechtsvergleichende Betrachtung der steuerrechtlichen Entwicklung nur auf die grundsätzlichen Gesichtspunkte beschränken, werden die gewonnenen Erkenntnisse durch die Zweifelhaftigkeit bestrittener Einzelfragen über den Umfang der Emanzipation des Steuerrechts in ihrer Richtigkeit nicht beeinträchtigt.

17) Von seinen überaus zahlreichen Abhandlungen über diese Frage, die insbesondere in StuW fortlaufend erschienen sind, können hier natürlich nur die allerwichtigsten berücksichtigt werden.

18) Steuerrecht und Privatrecht 1924, S. 127: „Auch für das Strafrecht ist es uns zweifelhaft, ob die übliche Beschränkung der Auslegung zu Recht besteht, wenn hier auch manches für sie spricht. Aber sie hat andererseits zur Folge gehabt, daß sich die Volksüberzeugung gebildet hat, bestraft werde nicht nach Gerechtigkeit, sondern nach dem Zufall der Paragraphenworte und dieser Stand der Rechtsprechung . . . ist u. E. eine der inneren Ursachen für den Verfall der Ethik des Rechts und des Vertrauens in die Rechtsprechung."

19) vgl. § 4 (9) RAbgO., wonach die Steuergesetze nach ihrem Sinn und Zweck sowie unter Beachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse auszulegen sind.

in ihr die so oft vermißte gesetzliche Handhabe, um das Steuerrecht von zivilistischen Begriffsfesseln und Gedankengängen zu befreien. Dieser Gesichtspunkt darf aber in seiner Bedeutung nicht überschätzt werden, denn ein derartiger teleologischer Auslegungsgrundsatz gilt allgemein für alle Gesetze, also auch für das Strafrecht[20]), so daß wir insoweit nicht von einer Besonderheit des Steuerrechts ausgehen dürfen. Die teleologisch-wirtschaftliche Betrachtungsweise hatte andererseits gerade im Steuerrecht mit besonderen Schwierigkeiten zu kämpfen. Bei der Mehrzahl der für eine „Verselbständigung" in Betracht kommenden „Hilfsbegriffe" handelt es sich um solche vermögensrechtlicher Natur, und schon in der bisherigen Darstellung haben wir die erhöhten Widerstände hervorgehoben, die sich gerade auf dem Gebiet des Vermögensrechts einer vom Zivilrecht abweichenden, freieren, weniger begriffsjuristischen Auslegung entgegenstellen. Hinzu kam noch, daß die Umstände, die wir als für die Verselbständigung strafrechtlicher Begriffe besonders günstig kennen gelernt haben — die zeitliche Priorität des Strafgesetzbuchs und die frühere Zersplitterung des Landesprivatrechts — auf steuerrechtlichem Gebiet völlig fehlen; es schien deshalb zunächst unabweisbar, daß die zivilrechtlichen Begriffe in ihrer technischen Bedeutung als Unterbau und Anknüpfungsgrundlage der steuerrechtlichen Normen verwendet würden und streng im Sinn des BGB ausgelegt werden müßten.

Im allgemeinen war also *die Lage* für die Frage der Verselbständigung zivilrechtlicher Begriffe im Steuerrecht und im Strafrecht *nicht wesentlich verschieden*; jedenfalls läßt sich nicht behaupten, daß steuerrechtliche Besonderheiten die weitgehende Emanzipation der Begriffe bedingt hätten[21]). Entscheidend hierfür war vielmehr die teleologische Auslegungsmethode, deren Notwendigkeit von führenden Steuerrechtlern alsbald erkannt und die gegen alle Angriffe des rechts-

20) vgl. Becker DJZ 1934, 1105 ff.: „Die Allgemeinbedeutung des § 4 RAbgO. wird bei uns vergessen, aber im Ausland betont." Ferner RAbgO. 7. Aufl. 1930 S. 123: „Die §§ 4, 5 RAbgO. sind keine spezifisch steuerrechtlichen Vorschriften; entweder sind sie verkehrt oder sie müssen für das gesamte Gebiet des öffentlichen Rechts gelten". Die besondere Vorschrift des § 5 RAbgO. spielt im übrigen neben dem allgemeinen Grundsatz des § 4 keine bedeutende Rolle; vgl. hierüber ausführlich Ball aaO. S. 142 bis 147.

21) Denn ebenso wie bei den Steuergesetzen, deren wirtschaftliche Bedeutung allerdings im Vordergrund steht, muß auch der jeweilige besondere Sinn und Zweck anderer Gesetze bei ihrer Auslegung stets berücksichtigt werden. Vgl. z. B. neuerdings Eb. Schmidt, Ztschr. f. WehrR. 1937, 502 ff., der zutreffend betont, daß die „nur entsprechend anwendbaren" allgemeinen Bestimmungen des StGB auf dem Gebiet des Wehrstrafrechts vom RMilG. nur insoweit angewandt worden sind, als es die Rücksicht auf „das vitale Interesse des militärischen Organismus" gestattete. Ferner Siegert (JW 1937, 131 ff.): „Ein Grundsatz, der für ein Lebensgebiet zutrifft, wird oft nicht den Bedürfnissen eines anderen Gebiets genügen". . . . „Die Eigenart der verschiedenen Gebiete kann auch eine Verschiedenheit allgemeiner Grundsätze erfordern".

staatlichen Liberalismus erfolgreich verteidigt wurde. An diesem Erfolg ist die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes[22]) weitgehend, ja geradezu ausschlaggebend beteiligt[23]), und die Wirkung der im Einzelfall festgestellten „Begriffsabwandlungen" wurde durch die „normvertretende Bedeutung" der Entscheidungen, die nach der Finanzpraxis Verwaltungsanordnungen gleichkamen, zweifellos noch bedeutend erhöht. Die entscheidende Wendung der Rechtsprechung, die — ebenso wie der Wortlaut des Gesetzes — ursprünglich von einer Bindung des Steuerrechts ans Zivilrecht ausgegangen war, vollzog sich zwar in den Krisenjahren der Inflation, also in einer Zeit „eines staatspolitischen Notstands"[23]). Veranlaßt aber war sie zweifellos durch innere Gründe, wie sich schon daraus ergibt, daß diese Entwicklung in späterer Zeit keineswegs rückgängig gemacht, sondern fortgeführt und sogar gesetzlich anerkannt worden ist. Das wiederum darf als Verdienst der Steuerrechtswissenschaft bezeichnet werden, die — anders als die Strafrechtslehre — alsbald die grundsätzliche Problemstellung aufgriff, sie auch theoretisch vertiefte und so in fruchtbarer Zusammenarbeit mit der Rechtsprechung mit dazu beitrug, die früher sog. wirtschaftliche, d. h. spezifisch steuerrechtliche, Betrachtungsweise allen Angriffen des begriffsjuristischen Positivismus zum Trotz zur grundsätzlichen, weitgehend sogar zur gesetzlichen Anerkennung zu bringen.

II. 1. Die Frage nach dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Steuerrechts wurde in Deutschland erstmalig nach der großen Steuerreform des Jahres 1919, durch die erst ein selbständiges Reichssteuerrecht geschaffen wurde, als Problem empfunden[24]). Bereits vorher war diese Frage auch im Ausland aufgetaucht und — was uns wegen des deutschen Gesetzestextes besonders interessiert — z. B. in der Schweiz ungefähr zur gleichen Zeit zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen gemacht worden. Wenn wir uns hier mit der Arbeit von Blumenstein über „Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht"[25]) kurz befassen, so geschieht dies im wesentlichen deshalb,

22) die durch die richterliche Tätigkeit Enno Beckers offensichtlich stark beeinflußt wurde.

23) Auch hier lassen sich bemerkenswerte Parallelen zwischen Steuerrecht und Strafrecht feststellen. Durch die lange Verzögerung der Erneuerung des Strafrechts, die dann zu der bekannten „immanenten Strafrechtsreform" führte, wurde auch die Rechtsprechung in Strafsachen in eine Zwangslage versetzt, in der nur eine weniger formalistische — und deshalb oft genug als unzulässige strafschärfende Analogie beanstandete — Gesetzesauslegung den praktischen Bedürfnissen einigermaßen Rechnung tragen und das Strafrecht vor der Kapitulation vor dem Verbrecher bewahren konnte.

24) Näheres bei Ball aaO. S. 153 ff.

25) Festgabe für Eugen Huber 1919 S. 209 ff. Sie kann — trotz des zeitlichen Abstandes — ungefähr mit dem oben S. 44 erwähnten Referat Gmürs über die Bedeutung der zivilrechtlichen Begriffe im Strafrecht auf eine Stufe gestellt werden.

weil sie — trotz mancher richtig gesehener Einzelheiten — in ihrer Grundhaltung und Gesamteinstellung typisch ist für die positivistische Betrachtungsweise des rechtsstaatlichen Liberalismus, die wir auch in Deutschland bei den Gegnern einer begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts noch oft feststellen werden. Blumenstein, der den Einfluß zivilrechtlicher Begriffe auf das Steuerrecht nach drei Richtungen hin untersucht[26]), gibt zwar zu, daß die zur Umschreibung des Steuerobjekts verwendeten zivilrechtlichen Begriffe „nicht als zivilrechtliche" wirksam werden und daß der Steuergesetzgeber insoweit „nur das tatsächliche Substrat" der privatrechtlichen Normen, die „darin enthaltene Umschreibung einer wirtschaftlichen Erscheinung" als Unterlage benutze, die damit „zum Bestandteil der Steuernorm" werde und öffentlich-rechtlichen Charakter erhalte. Die naheliegende Folgerung[27]), daß deshalb auch eine selbständige, vom Zivilrecht abweichende Auslegung zulässig sein müsse, wird von Blumenstein aber gerade nicht gezogen. Im Gegenteil, er betont mit Nachdruck, daß „Abweichungen von der zivilrechtlichen Begriffsumschreibung" des Steuerobjekts, die sich u. U. als notwendig oder angebracht herausstellen könnten, nur vom Gesetzgeber selbst, niemals aber — im Wege der ausdehnenden Auslegung — von den Steuerbehörden, insbesondere dem Steuerrichter, vorgenommen werden dürften. Für sie sei die steuergesetzliche Verweisung auf das Zivilrecht bindend, und der Steuerpflichtige habe sogar „ein subjektives Recht" darauf, daß die steuerrechtlichen Normen insoweit streng i. S. des Zivilrechts ausgelegt würden. Nur ausnahmsweise ergebe sich aus dem Gesetz selbst eine aus Zweckmäßigkeitserwägungen gebotene „Umbildung zivilrechtlicher Begriffe", und in diesen Fällen seien allerdings „Grundgedanke und Ziel des steuerrechtlichen Instituts ganz andere geworden als diejenigen des privatrechtlichen Vorbilds"[28]). Aber derartige Ausnahmen, in denen einem steuerrechtlichen Begriff — trotz gleichlautender Be-

26) Nämlich in erster Linie die zivilrechtlichen Institute als Steuerobjekte, dann die analoge Anwendung zivilrechtlicher Einrichtungen und schließlich ihre Umbildung in solche des Steuerrechts. Diese Dreiteilung als solche ist für die Entwicklung unserer Problemstellung ohne besondere Bedeutung und braucht deshalb hier nicht weiter verfolgt zu werden. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob die Beispiele für diese drei Gruppen von Fällen vom Standpunkt des Schweizer Steuerrechts richtig gewählt sind (vgl. aaO. S. 215, 239 ff.). Für das deutsche Steuerrecht erscheint die Zweiteilung von Merk in steuerrechtliche „Entsprechungs- und Entlehnungsbegriffe" zweckmäßiger und richtiger; vgl. unten S. 152.

27) die, wie oben S. 88 ff. erwähnt, hinsichtlich der zivilrechtlichen Begriffe im Strafrecht fast mit derselben Begründung von strafprozessualer Seite hervorgehoben worden ist.

28) Hier werde „ein spezifisch zivilrechtlicher" Begriff, sei es dem Namen, sei es der äußeren Struktur nach, als Ausdrucksweise einer „ebenso spezifisch steuertechnischen Einrichtung" verwendet. Das Zivilrecht liefere gewissermaßen die Form, in die der steuerrechtliche Gedanke eingekleidet werde (aaO. S. 240).

zeichnung — eine vom Zivilrecht abweichende Bedeutung beigelegt werde, müßten streng auf die gesetzlich zugelassenen Fälle beschränkt bleiben.

Deutlicher und stärker kann die rechtsstaatliche Gebundenheit und das Festhalten an der Begriffsjurisprudenz nicht zum Ausdruck gebracht werden. Blumenstein klammert sich — von dem positivistischen Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe ausgehend — an den Wortlaut des Gesetzes und schließt von der gleichlautenden Bezeichnung ohne weiteres auf die inhaltliche Übereinstimmung der Begriffe, soweit das Gesetz nicht selbst eine abweichende Inhaltsbestimmung vorschreibt. Trotz der Erkenntnis, daß die aus dem Zivilrecht entlehnten Begriffe „öffentlich-rechtlichen" Charakter erhalten haben, zum Bestandteil der Steuernorm geworden seien, wird die Möglichkeit ihrer vom Heimatrecht abweichenden Auslegung abgelehnt, werden wohlbegründete steuerrechtliche Zweckmäßigkeitserwägungen dem Prinzip der Rechtssicherheit i. S. des rechtsstaatlichen Liberalismus geopfert[29]).

2. Daß in klarem Gegensatz zu dieser Auffassung bei uns von Anfang an eine grundsätzlich andere Ansicht vertreten wurde — und auch mit Recht vertreten werden konnte —, ist das große Verdienst Enno Beckers, der nicht nur die Aufnahme einer entsprechenden, damals epochemachenden Gesetzesbestimmung in die Reichsabgabenordnung veranlaßte, sondern auch in der Folgezeit nicht müde wurde, die hierfür leitend gewesenen Gesichtspunkte zu betonen und hervorzuheben, daß mit der im § 4 RAbgO. vorgeschriebenen Auslegung nach Sinn und Zweck der Steuergesetze und der Beachtung wirtschaftlicher Verhältnisse eine streng zivilistische Betrachtungsweise häufig unvereinbar, eine „selbständige" Auslegung scheinbar zivilrechtlicher Begriffe oft geradezu erforderlich sei. Bereits in der ersten Auflage seines Kommentars[30]) sind die als Richtlinien des Gesetzesverfassers besonders wertvollen Gesichtspunkte für eine von der positivistischen Auffassung grundsätzlich abweichende Betrachtungsweise vorbildlich und eindeutig zum Ausdruck gebracht: Das Steuerrecht knüpfe wegen der noch fehlenden steuerrechtlichen Eigenbegriffe oft nicht an die wirtschaftlichen Vorgänge unmittelbar, sondern an bestimmte privatrechtliche Tatbestände an. Dies dürfe aber nur als zeitbedingter „Notbehelf" aufgefaßt werden, der zu unvernünftigen

29) So erklärt es sich auch, daß Blumenstein (aaO. S. 219) bei der Frage, welchen Einfluß die Vereinheitlichung, d. h. die Veränderung des Schweizer Privatrechts auf das Steuerrecht habe, lediglich die beiden Möglichkeiten der jeweils bindenden gesetzlichen Verweisung auf das derzeitige oder jeweilige Privatrecht sieht, die wir bereits bei der Lehre von der echten und unechten Verweisung des Strafgesetzes kennen gelernt haben (vgl. oben S. 25). Die dritte Möglichkeit einer „selbständigen" steuerrechtlichen Begriffsbildung — trotz der entlehnten gleichlautenden Bezeichnung — wird überhaupt nicht erwogen.

30) im Jahre 1922; aber vorher schon in zahlreichen Aufsätzen (vgl. z. B. Bankarchiv 1919/20 S. 14) und bei seiner Tätigkeit als Verfasser der Reichsabgabenordnung.

Ergebnissen führe, wenn der Finanzrichter auch dort an der streng privatrechtlichen Auffassung festhalte, wo Zweck und wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze das Gegenteil forderten. Das sei aber sehr häufig der Fall. Das Steuerrecht als selbständiger Teil des öffentlichen Rechts müsse gerade in diesen Fällen aus sich selbst heraus, insbesondere nach den im § 4 RAbgO. vorgeschriebenen Gesichtspunkten erläutert und ergänzt werden. Bei dieser „selbständigen" Auslegung der Steuergesetze sei zu beachten, daß nicht die privatrechtliche Form, sondern ihr tatsächlicher Inhalt, das wirtschaftliche Ergebnis rechtlicher Vorgänge, besteuert werde; und um dieses Ziel einer möglichst gerechten Erfassung der tatsächlichen Rechtsgestaltung zu erreichen, müsse die Rechtsprechung unter Umständen gegen den klaren zivilrechtlichen Wortlaut nach dem besonderen Sinn und Zweck der Steuergesetze entscheiden. Die zahlreichen ausdrücklichen Begriffsabweichungen des Gesetzes dürften nicht als Ausnahmen betrachtet werden, sondern seien richtungweisende Beispiele dieses allgemeinen Grundprinzips. Die privatrechtlichen Begriffe und zivilistischen Vorstellungen, die sich in das Steuerrecht hineingedrängt (!) hätten, müßten durch eine von ihrem Heimatrecht abweichende Auslegung korrigiert und schließlich durch neu zu bildende steuerrechtliche Eigenbegriffe ersetzt werden[31]).

Es war ein glücklicher Umstand, daß diese richtungweisenden Grundgedanken Beckers nicht nur auf die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs übertragen und in der Praxis immer mehr beachtet, sondern vor allem auch sehr früh von der Steuerrechtswissenschaft aufgegriffen und theoretisch vertieft wurden. Insbesondere Emge faßte vom rechtsphilosophischen Standpunkt ausgehend das Problem von seiner grundsätzlichen Seite her an und trug durch die wissenschaftliche Unterbauung viel zur weiteren Anerkennung der Selbständigkeit des Steuerrechts und seiner Begriffsbildung bei, indem er die Problemstellung eines von ihm begutachteten Falles zu „Grundsätzlichen Erwägungen über die Beziehungen des Zivilrechts zum Steuerrecht" erweiterte[32]) und das Kernproblem klar in den Mittelpunkt der Betrachtung stellte:

31) Es ist natürlich unmöglich, die stets anregenden Gesichtspunkte der zahlreichen Arbeiten Beckers auch nur annähernd vollständig wiederzugeben. Wir begnügen uns deshalb vorläufig mit einer Bezugnahme auf seine Erläuterungen zu § 4 RAbgO. 7. Aufl. 1930 S. 39 bis 106; näheres vgl. unten S. 156, 159.

32) vgl. die Untersuchung über „Gratisaktien und Steuern", der bereits ein Aufsatz „Über das Problem der Beziehung des bürgerlichen Rechts zum Steuerrecht" (Allgemeine Steuerrundschau 1922, 349) vorausgegangen war. Es handelte sich um die hier weniger wichtige Frage, ob die Ausgabe von Gratisaktien, die wirtschaftlich gerade das Gegenteil einer Gewinnausschüttung darstellt, wegen der besonderen Vorschrift des § 184 Abs. 1 HGB auf Grund des Kapitalertragsteuergesetzes steuerpflichtig sei. Sie führte zu einer scharfen Gegenüberstellung zwischen „juristischer", d. h. handelsrechtlicher, und „wirtschaftlicher", d. h. steuerrechtlicher

„Es ist in der Tat eine falsche Theorie vom Recht, eine unrichtige Rechtsphilosophie, welche, den Beteiligten unbewußt, die steuerrechtliche Entscheidung rein auf Grund des zivilistischen Sachverhalts ermöglicht: man meint nämlich, es gäbe eine an sich bestehende zivilistische Welt, die nun für das Steuerrecht ohne weiteres maßgebend wäre."[33])

Von diesem grundsätzlichen Standpunkt aus wendet sich Emge gegen die verbreitete „körperliche Auffassung juristischer Vorgänge", die — zum mindesten unbewußt — den zivilrechtlichen Begriffen eine „sachliche Dinglichkeit" zulege, sie als „reale Wirklichkeit" ansehe, obwohl es sich in Wahrheit nur „um bloße Relationen, um Beziehungen" handele, und die damit den Anhängern der zivilrechtlichen Beweisführung von vorneherein den Zugang zu einem spezifisch steuerrechtlichen Denken versperre. Gerade der von ihm behandelte Einzelfall[32]) beweise, daß die Gebilde des Zivilrechts[34]) nicht „verdinglicht" werden dürften, d. h. daß es unzulässig sei, ihnen eine absolute, über die Bedeutung eines bestimmten Rechtsgebiets hinausgehende Existenz zuzuschreiben. Es sei sehr wohl möglich, daß ein Ereignis in der juristischen Welt für ein Rechtsgebiet (Zivilrecht) bestehe, für ein anderes Rechtsgebiet (Steuerrecht) nicht, und es sei eine geradezu selbstverständliche Folgerung aus dem geschilderten Wesen der Begriffe, daß sie trotz gleichlautender Bezeichnung in verschiedenen Rechtsgebieten abweichend ausgelegt werden dürften und müßten. Nicht nur das Steuerrecht, sondern auch das Strafrecht, nämlich jedes selbständige Rechtsgebiet, das bestrebt sein müsse, das ganze Gebiet des Gegenständlichen, also auch andere Rechtsgebiete, unter seiner eigenen Rechtsidee zu betrachten, sei in der Lage, die von ihm verwendeten zivilrechtlichen Begriffe für seine besonderen Bedürfnisse weitgehend umzugestalten[35]).

Dieser Grundsatz der sog. Selbständigkeit oder Autonomie des Steuerrechts habe im § 4 RAbgO. seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Vom Standpunkt der Steuerrechtsidee aus sei die

Betrachtungsweise und gab damit erneut Anlaß zur Erörterung des grundsätzlichen Verhältnisses zwischen Zivilrecht und Steuerrecht.

33) aaO. S. 22: „Es ist ein naiver Rechtsrealismus, für den nur ein absolutes ‚Sein oder Nichtsein', nicht aber ein behutsames ‚für diese Betrachtung Seiendes' und zugleich ‚für jene Nichtseiendes' besteht."

34) Ebenso wie alle Rechtsbegriffe, die nichts an sich, nicht mit Körpern der dinglichen Welt zu vergleichen, sondern nur logische Hilfsmittel seien und deshalb nicht als Realitäten angesehen, nicht verabsolutiert werden dürften.

35) „Rein logisch betrachtet liegt die Schranke nur da, wo das zivilistisch Gesollte mit dem öffentlich-rechtlich Gesollten in Widerspruch gerät"; aaO. S. 31. Ein derartiger Widerspruch liege z. B. vor, wenn der Richter feststelle, daß A. einen bestimmten Gegenstand dem B. zu übergeben habe, dagegen der Verwaltungsbeamte, daß derselbe Gegenstand zu derselben Zeit von A. an den Staat als Naturalabgabe zu liefern sei. Anders stünde es mit der zivilistischen Feststellung, daß A. keine Hypothekenzinsen zu zahlen habe, da er kein Eigentümer des Grundstücks sei, gegenüber der steuerrechtlichen Entscheidung, daß er als Eigentümer des Grundstücks für die Grundsteuer hafte.

Verwendung zivilrechtlicher Begriffe lediglich ein unvollkommenes Hilfsmittel, um die für die Besteuerung maßgebenden wirtschaftlichen Vorgänge zu treffen, und deshalb — bis zur Ausbildung steuerrechtlicher Eigenbegriffe — lediglich als „Notbehelf", als „faute de mieux" zu betrachten. Das Steuerrecht erfasse aber schon jetzt „selbstherrlich" (autonom) die in Betracht kommenden wirtschaftlichen Vorgänge, und es müsse deshalb endlich mit dem Vorurteil gebrochen werden, daß zivilrechtliche Konstruktionen eine für die ganze Rechtswelt unvermeidbare und unabänderliche Gegebenheit seien. In allen denjenigen Fällen, in denen zivilistischer Sachverhalt (Form) und wirtschaftlicher Gehalt (Inhalt) voneinander abweichen, sei stets letzterer für die Besteuerung maßgebend und deshalb insoweit eine abweichende Auslegung zivilrechtlicher Begriffe zulässig[36]). Im Ergebnis bestätigt die Untersuchung Emges also die Richtigkeit der von Becker stets betonten Grundsätze: Die in § 4 RAbgO. vorgeschriebene teleologische Auslegungsmethode ermöglicht es, dort, wo Sinn und Zweck, insbesondere die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze es erfordern, sich über formaljuristische Konstruktionen und zivilistische Begriffe hinwegzusetzen und durch eine vom Zivilrecht abweichende Auslegung den besonderen steuerrechtlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen[37]).

36) Der Grundsatz der „allgemeinen Irrelevanz zivilistischer Formen" werde lediglich durch zwei Ausnahmen durchbrochen; zunächst durch § 5 RAbgO., der die Frage der Steuerumgehung bei ungünstigen Folgen für die Beteiligten besonders regele, und sodann in denjenigen Fällen, in denen das geltende Steuerrecht „den wirtschaftlichen Sachverhalt bewußtermaßen ignoriere", wo also „ein zivilistischer Fremdkörper in der steuerrechtlichen Systematik" bestehe, an den die Dogmatik gebunden sei. Über diese angeblichen Ausnahmen, die in der späteren Untersuchung Emges (ArchZivPrax 129, 49) nicht mehr betont worden sind, vgl. Ball aaO. S. 113 ff. (Die Reservate des Privatrechts) und S. 130, 142 ff. (Steuerumgehung, § 5 RAbgO.). Danach können sie als wirkliche Ausnahmen von der „grundsätzlichen Selbständigkeit" des Steuerrechts gegenüber dem Zivilrecht nicht anerkannt werden.

37) Die Grundgedanken der stets anregenden Untersuchung von Emge, die hier nur gedrängt dargestellt werden konnten, sind später (ArchZivPrax 129, 49) von einem „überpositiven" rechtsphilosophischen Standpunkt aus zusammengefaßt und vertieft worden. Wir werden auf einzelne dieser Gesichtspunkte noch im Zusammenhang mit den folgenden Ausführungen zurückkommen und können uns hier auf die Wiedergabe des Ergebnisses der Untersuchung Emges beschränken: „Das Steuerrecht setzt lediglich diejenigen zivilistischen Begriffe voraus, welche die sog. Rechtstatsachen konstituieren, d. h. es berücksichtigt ausschließlich die immer irgendwie vorhandene faktische Wirkung des Zivilrechts, ohne die Erfüllung seiner normativen Sollensfolge zu verlangen (Frage nach dem zivilistischen Minimum des Steuerrechts). Es ist in der Lage, gleiche funktionelle Behandlung bei zivilistisch verschiedenen Tatbeständen vorzuschreiben (Frage nach der begrifflichen Bindung des Bestimmungsinhalts). Es hat die Möglichkeit, an die wirtschaftlichen Tatbestände heranzukommen, ohne andere als Rechtstatsachenbegriffe vorauszusetzen (Frage nach der Autonomie der Steuerrechtsidee). Es ist schließlich auch in der unmittelbaren Verwertung

3. Die verschiedenen Voraussetzungen und mannigfachen Auswirkungen dieser Erkenntnis wurden bald darauf von Ball an Hand einer umfassenden Untersuchung der Rechtsprechung des RFH, des RG und des Preuß. OVG vorbildlich zusammengestellt in einer grundlegenden Arbeit „Steuerrecht und Privatrecht“[38]). Ball ergänzt damit nicht nur wirkungsvoll die maßgebenden Richtlinien des Gesetzesverfassers Becker und die mehr rechtsphilosophischen Erwägungen Emges durch den Nachweis, in welch überraschend weitem Umfang die „Selbständigkeit“ der steuerrechtlichen Begriffsbildung in der Rechtsprechung anerkannt ist, sondern er macht gleichzeitig den beachtlichen und seitdem nicht mehr wiederholten Versuch, die von der Rechtsprechung gewonnenen Einzelerkenntnisse zu einem selbständigen Steuerrechtssystem zusammenzufassen. Seine Untersuchung ist in grundsätzlicher Hinsicht durchweg vorbildlich; und wenn sie im Rahmen unserer Arbeit einen bevorzugten Platz einnimmt, so liegt dies weniger an ihrem besonders interessanten Ergebnis[39]), als vielmehr an der angewandten induktiven Methode, die sich mit Erfolg bemüht, durch Auswertung einer Vielzahl von Entscheidungen zu grundlegenden und allgemeingültigen Erkenntnissen zu gelangen. Die abstrakttheoretische Auseinandersetzung mit dem damals jegliche Emanzipation überwiegend ablehnenden steuerrechtlichen Schrifttum tritt demgegenüber stark in den Hintergrund. Die Beweisführung gründet sich in erster Linie auf eine geschickte und wirkungsvolle Zusammenstellung der Erfahrungen der Praxis, die gerade auf steuerrechtlichem Gebiet in hervorragendem Maße zur Beseitigung der begrifflichen und gedanklichen Abhängigkeit vom Zivilrecht beigetragen hat[40]). Da wegen der besonderen Art dieser von der Entscheidung des Einzelfalls ausgehenden Methode eine auch nur annähernd erschöpfende Darstellung der leitenden Gesichtspunkte Balls in diesem Zusammenhang nicht möglich ist, begnügen wir uns damit, die Leitsätze[41]), in denen er das Ergebnis seiner „Theorie des selb-

der Rechtstatsachen, des faktisch so gehaltenen Vorgangs, nicht gehindert (Frage nach der Bedeutung der soziologischen Tatsachen für das Steuerrecht)“.

38) „Theorie des selbständigen Steuerrechtssystems. Die gegenwärtigen Beziehungen zwischen Steuerrecht und Privatrecht und ihre Entwicklung, untersucht am Gegenstande der Besteuerung“, 1924. Einen recht guten Überblick über die wesentlichen Gesichtspunkte dieser Arbeit vermittelt ihre gekürzte Wiedergabe in StuW 1925, 177 ff.

39) dessen abschließende Würdigung den Steuerrechtlern vorbehalten bleiben muß.

40) Wir haben bereits mehrfach betont, daß wir diese Methode für die Lösung unserer besonders gelagerten Problemstellung am besten geeignet halten und werden sie auch später anwenden, ihr sogar entscheidende Bedeutung beilegen.

41) A. Rechtsentwicklung:

1. Die Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des materiellen Steuerrechts wird von der Tendenz zur Verselbständigung beherrscht.

ständigen Steuerrechtssystems“ zusamenfaßt und die einen aufschlußreichen Überblick über den Inhalt seiner Schrift vermitteln, wiederzugeben und durch einige ergänzende Bemerkungen zu erläutern:

2. Die Verselbständigung des materiellen Steuerrechts (Loslösung vom Privatrecht) ist ein Teil der Bewegung, in der sich das öffentliche Recht überhaupt befindet.
3. Die Loslösung hat sich auf dem Gebiet des Steuerrechts infolge der engen Beziehungen zwischen Privatrecht und Steuerrecht als Teilen des Vermögensrechts sowie infolge der besonderen Entwicklung der Steuerrechtswissenschaft erst später vollzogen als auf den meisten anderen Gebieten des öffentlichen Rechts.
4. Die Tendenz zur Verselbständigung ist auf dem Gebiete des materiellen Steuerrechts erst in den Jahren 1919/20 zum Durchbruch gekommen und hat sich in kurzer Zeit durchgesetzt.
5. Die staatswirtschaftliche Ursache dieser Entwicklung ist die aus der Finanznot seit 1919/20 entspringende Tendenz zur Verstärkung der Macht des Staates auf dem Gebiete des Steuerwesens sowie die allgemeine Tendenz zur Verstärkung der Macht des Staates im Kriege und unmittelbar nach dem Kriege.
6. Die staatswirtschaftlichen Folgen der Verselbständigung des Steuerrechts sind eine Verstärkung der Macht des Staates und zugleich — bei der Bestimmung des Gegenstandes der Besteuerung — eine auf den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen aufgebaute und deshalb gerechtere Besteuerung.

B. Rechtslage:

I. Zum materiellen Steuerrecht überhaupt.

7. Das materielle Steuerrecht ist ein selbständiges Rechtsgebiet, es gehört dem öffentlichen Vermögensrecht an.
8. Die Begriffe des materiellen Steuerrechts sind nach Bedeutung und Rechtsfolgen grundsätzlich selbständig, auch wenn sie mit Wortbegriffen des privaten Vermögensrechts gleichlautend sind.
9. Der innere Unterschied der Begriffsbildung beruht auf den verschiedenen Zwecken der Rechtsgebiete. Das gilt für die Begriffsbildung durch die Rechtsprechung, durch die Wissenschaft und durch die Gesetzgebung.
10. Das materielle Steuerrecht steht überwiegend unter dem Zweckgedanken des Staatsinteresses, das private Vermögensrecht überwiegend unter dem Zweckgedanken des Privatinteresses. Für die Begriffsbildung im Einzelfall kommt es aber nicht auf den überwiegenden Zweckgedanken des ganzen Rechtsgebietes, sondern auf den Zweckgedanken des einzelnen Rechtsinstitutes oder Teile eines Rechtsinstitutes an.
11. Wo ausnahmsweise auch im materiellen Steuerrecht einzelne Rechtsinstitute oder Teile von Rechtsinstituten unter dem Zweckgedanken des Privatinteresses stehen, verwendet das materielle Steuerrecht Rechtsbegriffe des Privatrechts.
12. Formale Besonderheiten der Begriffsbildung im materiellen Steuerrecht lassen sich nicht auffinden. In manchen Fällen neigt das Steuerrecht dazu, die subjektiven Merkmale zugunsten der objektiven zurückzudrängen; ein allgemeiner Grundsatz dieser Art besteht jedoch nicht.

II. Zum Gegenstande der Besteuerung im Besonderen:

13. Die Bestimmung des Gegenstandes der Besteuerung steht niemals unter dem Zweckgedanken des Privatinteresses. Bei der Bestimmung des Gegenstandes der Besteuerung ist deshalb niemals der privatrechtliche Begriff zu verwenden; wo dies in Rechtsprechung oder Gesetzgebung noch geschieht, handelt es sich um Reste alter Rechtsauffassung.

Auch Ball, der den Einfluß des Zivilrechts auf das Steuerrecht speziell am Gegenstand der Besteuerung (Steuerobjekt) untersucht, geht von der Erkenntnis aus, daß „derselbe Wortbegriff" an verschiedenen Gesetzesstellen eine abweichende Bedeutung haben kann, und er wendet sich von Anfang an gegen die verbreitete Auffassung, welche die Begriffe „Recht" und „Zivilrecht" gleichsetzt und unter Verwendung rein zivilistischer Erwägungen und Konstruktionen zu logisch scheinbar einwandfreien Folgerungen gelangt, die in Wahrheit aber unhaltbar sind, weil der Ausgangspunkt falsch gewählt ist. Auf steuerrechtlichem Gebiet habe sich die Begriffsanleihe beim Zivilrecht gar bald als störende Fessel herausgestellt und namentlich in der Rechtsprechung, die eine solche begriffliche Vergewaltigung der Lebenstatsachen nicht habe hinnehmen können, zu einer Gegenentwicklung, d. h. zu einem fortschreitenden Verselbständigungsprozeß, zu einer lebensnaheren Auslegung der Steuergesetze geführt. Diese Wandlung des Rechtsdenkens, das ursprünglich an der starren positivistischen Bindung ans Zivilrecht festgehalten habe, sei namentlich unter Heranziehung des § 4 AAbgO.[42]) erfolgt, der eine teleologische, den

14. Der privatrechtliche Begriff enthält ein „Soll", er berücksichtigt, wie sich das Lebensverhältnis nach dem Willen des Privatrechts gestalten sollte. Der privatrechtliche Begriff enthält ferner ein „Kann", er gibt den Privaten Freiheit in der Benutzung von Privatrechtsformen zu anderen als normalen Zwecken. Der steuerrechtliche Begriff des Gegenstandes der Besteuerung knüpft an das „Ist" an, an die tatsächliche Gestaltung der Lebensverhältnisse (wirtschaftliche Machtverhältnisse, wirtschaftliche Verschiebungen).
15. Steuerlich ist es gleichgültig, ob das Privatrecht (Soll) diese Wirtschaftslage (Ist) billigt oder nicht, wenn die Wirtschaftslage nur nicht tatsächlich rückgängig gemacht wird. Steuerlich ist es auch gleichgültig, ob die Wirtschaftslage (Ist) in einer anderen Privatrechtsform (Kann) geregelt wird. Wirtschaftliche Betrachtungsweise schafft den besonderen steuerrechtlichen Begriff.
16. Ist und Soll, Ist und Kann decken sich in den Regelfällen des Lebens.
17. Deshalb ist es berechtigt, wenn Steuerrecht und Privatrecht denselben Lebensbegriff, den die Sprache auf das Verhältnis anwendet, beide verwenden, wenn auch — nach ihrem Zweckgedanken — mit etwas abweichender Bedeutung.
18. Deshalb tritt ferner die besondere Begriffsbildung im Steuerrecht nur in den anormalen Fällen hervor und darf in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden.
19. Für diese anormalen Fälle ist aber die richtige grundsätzliche Einstellung unentbehrlich. Betrachtet man sie als Sonderfälle einer Abweichung von den grundsätzlich auch im Steuerrecht anzuwendenden privatrechtlichen Begriffen, so kommt man niemals zu befriedigenden Ergebnissen.
20. Es gibt keine (wirksame) Steuerumgehung gegenüber dem steuerrechtlichen Begriff. Der Begriff der Steuerumgehung beruht auf der Anwendung der Privatrechtsformen im Steuerrecht. Bei richtiger Auffassung des Verhältnisses von Privatrecht und Steuerrecht fällt das besondere Problem der Steuerumgehung fort.
21. Der Tatbestand des § 5 der Reichsabgabenordnung ist nur ein Sonderfall eines allgemeinen Rechtssatzes.

42) Demgegenüber § 5 RAbgO. nur eine ganz geringe Rolle spielt. Vgl. Ball S. 142 ff. ausführlich. Über taktische Erwägungen bei Abfassung der §§ 4, 5 RAbgO. Ball S. 75 ff.

besonderen Sinn und Zweck der Steuergesetze berücksichtigende Auslegung vorschreibt. An Hand der ausführlich dargestellten Rechtsprechung lasse sich behaupten, daß für sämtliche, das Steuerobjekt umschreibende zivilrechtliche Begriffe die Möglichkeit ihrer abweichenden Auslegung anerkannt werden müsse[43]). Man habe eingesehen, daß die steuergesetzliche Verwendung privatrechtlicher Begriffe nur ein „Notbehelf" sei, und die neuere Rechtsprechung beweise eindringlich, daß mit einer streng zivilistischen Betrachtungsweise der besondere Sinn und Zweck der Steuergesetze nicht erreicht werden könne[44]). Dies sei vielmehr nur möglich durch eine besondere wirtschaftliche, spezifisch steuerrechtliche Betrachtungsweise, die nicht von den abstrakten Begriffen, sondern von den Machtverhältnissen des Lebens ausgehe, gleichsam durch die privatrechtlichen Formen hindurchgreife, die wirtschaftlichen Vorgänge unmittelbar erfasse und deshalb in all denjenigen Fällen, in denen sich privatrechtliche Form und wirtschaftlicher Gehalt nicht decken, zu einer vom Zivilrecht abweichenden Auslegung der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe führe. Auf diese Weise bildet das Steuerrecht selbständige Begriffe aus, die — trotz gleichlautender Bezeichnung — nicht mit den entsprechenden des Zivilrechts gleichgestellt, aber auch nicht als bloß „wirtschaftliche Begriffe" bezeichnet werden dürften. Denn sie seien genau so „juristisch" wie die zivilrechtlichen und die gesetzlich anerkannten steuerrechtlichen Eigenbegriffe.

Allerdings dürfe die Bedeutung dieser „Selbständigkeit" der Begriffsbildung nicht übertrieben, insbesondere nicht verkannt werden, daß sich im praktischen Leben zivilrechtliche Form und wirtschaftlicher Gehalt regelmäßig decken, das Anwendungsgebiet zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Begriffe insoweit also übereinstimme. Die Selbständigkeit der steuerrechtlichen Begriffe wirke sich deshalb praktisch nur in den sog. kranken, anormalen Fällen aus, in denen zivilrechtliche Konstruktionen und Lebenstatsachen auseinandergehen. Aber gerade in der Behandlung dieser Grenzfälle müsse sich die wissenschaftliche Richtigkeit der grundsätzlichen Auffassung beweisen und bewähren. Die Verwendung zivilrechtlicher Hilfsbegriffe sei nicht ohne weiteres als gesetzestechnischer Fehlgriff zu bezeichnen und lasse auch Gefahren für die richtige Auslegung der Steuer-

43) Reservate des Privatrechts seien innerhalb des Steuerrechts nur bei ausdrücklicher Verweisung auf das bürgerliche Recht anzuerkennen. Die immer noch weit verbreitete gegenteilige Auffassung stelle einen Rückfall in die frühere positivistische Betrachtungsweise dar, mit der jegliche begriffliche Verselbständigung des Steuerrechts in gleicher Weise hätte bekämpft werden können. Vgl. Ball S. 113 ff.: Wenn die Rechtsprechung des RFH demgegenüber zuweilen die Vorschriften des Privatrechts, so z. B. den § 425 BGB (Gesamtschuld) für anwendbar erklärt habe, so handele es sich hierbei nicht mehr um die Frage der Verwendung zivilrechtlicher Begriffe zur Umschreibung des Gegenstandes der Besteuerung, des steuerrechtlichen Tatbestandes; vgl. hierzu Leitsatz Nr. 11.

44) „Rechtsgebiete mit verschiedenen Grundgedanken und verschiedenen Zwecken erfordern eben eigene Regeln und selbständige Begriffe." Ball S. 11.

gesetze dann nicht befürchten, wenn man die Möglichkeit der sinn- und zweckentsprechenden, vom Zivilrecht abweichenden Auslegung anerkenne. Erst wenn die teleologische Auslegung an Hand der Grenzfälle das wahre Wesen und den richtigen Inhalt der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe klargestellt habe, könne an die gesetzliche Bildung steuerrechtlicher Eigenbegriffe, die ihre Unabhängigkeit von anderen Rechtsgebieten auch durch ihre besondere Bezeichnung zum Ausdruck bringen, herangegangen werden. Vorerst handele es sich aber noch darum, die grundsätzliche Selbständigkeit der steuerrechtlichen Auslegungsmethode zur allgemeinen Anerkennung zu bringen und die rechtspolitische Bedingtheit der beiden gegenübergestellten Betrachtungsweisen zu betonen. Denn die ganze Auseinandersetzung um die Emanzipation der steuerrechtlichen Begriffe sei kein Streit um ein juristisch-technisches Problem, sondern in diesen Erörterungen spiele sich im wesentlichen der rechtspolitische Kampf um die „erlaubte Steuerumgehung" ab, der große Kampf des Staates gegen die individualistisch-liberalistische Forderung, die privatrechtlichen Formen und juristischen Konstruktionen als Mittel der Steuerersparung ausnutzen zu dürfen. Die demgegenüber zur Herrschaft gelangte wirtschaftliche Betrachtungsweise, insbesondere die geschilderte teleologische Auslegung der Steuergesetze, wirke sich aber nicht nur einseitig zugunsten des Fiskus aus, sondern führe häufig auch zu Freistellungen, wo eine formaljuristische Betrachtungsweise die Steuerpflicht bejahen müsse. Sie gewährleiste also ganz allgemein eine elastischere und gerechtere Handhabung der Steuergesetze und damit die Erreichung des obersten Steuergrundsatzes, nämlich der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nach Maßgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und diene deshalb zugleich der wohlverstandenen Rechtssicherheit. Es sei deshalb zu begrüßen, daß diese Betrachtungsweise sich langsam auch auf anderen Rechtsgebieten durchzusetzen beginne.

Schon diese kurze Schilderung der Grundgedanken Balls läßt den großen Unterschied zwischen dem Stand der wissenschaftlichen Erörterung unseres Problems auf steuerrechtlichem und strafrechtlichem Gebiet und die Fortschrittlichkeit und Vorbildlichkeit des Steuerrechts deutlich erkennen. Wenn wir auch von einer abschließenden Stellungnahme zu sämtlichen Einzelheiten des Ball'schen Ergebnisses hier absehen müssen, so dürfen wir doch hervorheben, daß wir die grundsätzliche Einstellung, die Tendenz seiner Untersuchung und die Art seiner Beweisführung an Hand der Entscheidungen der Rechtsprechung für vorbildlich halten und das Gesamtergebnis seiner Arbeit als wertvolle Unterstützung unserer Bemühungen, das Strafrecht von der Vorherrschaft des zivilistischen Denkens zu befreien, lebhaft begrüßen[45]). Unser besonderes Interesse gilt

45) Die damalige Lage im Steuerrecht entspricht hinsichtlich unserer Fragestellung wohl ungefähr der heutigen im Strafrecht.

dabei der Darstellung des Verhältnisses zwischen den grundsätzlich selbständigen steuerrechtlichen Begriffen und den gleichlautenden des Zivilrechts, dessen praktische Auswirkungen sich nach Ball auf die sog. kranken Fälle beschränken. Es ist danach also sehr wohl möglich, daß die zivilrechtliche Betrachtungsweise in vielen Fällen einem sachgemäßen steuerrechtlichen Ergebnis nicht im Wege steht. Das hindert aber nicht, sie vom grundsätzlichen Standpunkt aus als verfehlt zu bezeichnen und den Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung an Hand der Grenzfälle zu führen, bei deren Beurteilung steuerrechtliche und zivilrechtliche Betrachtungsweise auseinandergehen. Diese anormalen Fälle, deren zahlenmäßige Häufigkeit bereits Becker hervorgehoben hat, sind in der Tat entscheidend, um Inhalt und Wesen der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe abschließend zu bestimmen, und sie genügen, um die starre Bindung an das Zivilrecht schlechthin als verfehlt zu kennzeichnen und die Möglichkeit einer Abweichung grundsätzlich anzuerkennen. In der Betonung dieser grundsätzlichen Selbständigkeit der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe trotz ihrer zivilistischen Bezeichnung liegt das wichtigste Ergebnis der Ball'schen Untersuchungen[46]).

Innerhalb der geschilderten Leitsätze wird die Bedeutung eines Gesichtspunkts leicht übersehen, den wir in diesem Zusammenhang hervorheben, weil er besonders gelagert ist und auch für den Umfang der Emanzipation des Strafrechts eine wichtige Rolle spielen wird, nämlich die Frage der Steuerpflicht bei zivilrechtlich nichtigen, insbesondere unsittlichen Rechtsgeschäften. Hierbei handelt es sich allerdings nicht eigentlich um das Problem einer abweichenden Auslegung zivilrechtlicher Begriffe, sondern in erster Linie um die abweichende Beurteilung der Rechtsfolgen eines zivilrechtlichen Instituts, um die verschiedene rechtliche Behandlung eines tatsächlichen Vorgangs. Gleichwohl hat Ball mit Recht auch diese Frage in den Kreis seiner Untersuchungen einbezogen, indem er davon ausgeht, daß sich die Selbständigkeit des Steuerrechts nicht nur in der Verschiedenheit (Abweichung) der Begriffe, sondern innerhalb des gesamten Rechtsdenkens, also auch

46) Die Formulierung dieses Ergebnisses, z. B. in Nr. 13 der Leitsätze, ist häufig mißverstanden worden und gibt ohne Berücksichtigung der nachfolgenden Grundsätze in der Tat Anlaß zu falschen Schlußfolgerungen, die von Ball offensichtlich nicht beabsichtigt waren und auch durch seine späteren Ausführungen klargestellt werden. — Im übrigen können wir die abschließende Beurteilung der nicht unbestritten gebliebenen Behauptung Balls, daß innerhalb des geltenden Steuerrechts die „Selbständigkeit" ausnahmslos (!) für alle den Gegenstand der Besteuerung umschreibenden Hilfsbegriffe anzuerkennen sei, den Steuerrechtlern überlassen. Denn offensichtlich handelt es sich hierbei um eine Maßfrage, die nur an Hand der einzelnen Bestimmungen des Steuerrechts — und deshalb nicht hier — entschieden werden kann und für das Ziel unserer strafrechtlichen Untersuchung auch nicht beantwortet zu werden braucht.

in Fällen dieser Art offenbare[47]). In der Tat ist auch die Wandlung der Rechtsprechung zur Frage der Steuerpflicht bei nichtigen Rechtsgeschäften, die ursprünglich in Anlehnung an die zivilrechtliche Nichtigkeit verneint, dann aber unter dem Einfluß wirtschaftlicher, spezifisch steuerrechtlicher Erwägungen bejaht wurde[48]), ein treffendes Beispiel für die „Verselbständigung" des Steuerrechts schlechthin, für die sachlich gebotene Verschiedenheit der Beurteilung eines Vorgangs in mehreren Rechtsgebieten, wie wir sie auch bei der Frage nach der strafrechtlichen Behandlung der Nichtigkeit zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse kennen lernen werden. Heute wird es ganz allgemein als Verdienst der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise angesehen, daß die Rechtsprechung unter Führung des Reichsfinanzhofs die Steuerpflicht bei zivilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäften anerkennt, wenn und solange ein derartiger Rechtsmangel nicht zur Rückgängigmachung des Verkehrsvorgangs und seiner wirtschaftlichen Folgen geführt hat[49]).

4. Die Untersuchung Balls, für die bisher ein strafrechtliches Gegenstück fehlt, hat einen überaus starken Widerhall im steuerrechtlichen Schrifttum gefunden und die Erörterungen über das ihr zugrundeliegende Kernproblem in ungeheuerem Maße befruchtet[50]). Für den Zweck unserer Darstellung ist es sehr aufschlußreich zu verfolgen, welche Beurteilung ihr zuteil geworden ist, vor allem welche Gesichtspunkte besondere Anerkennung oder Ablehnung erfahren haben. Die Grundgedanken der Theorie eines selbständigen Steuerrechtssystems, insbesondere die Selbständigkeit der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe i. S. Balls,

47) Ball aaO. S. 12/13; vgl. auch S. 10: „Ob diese Verschiedenheit im Begriff selbst oder in seinen Rechtsregeln und Rechtsfolgen liegt, ist für die Frage der Abweichung mehrerer Rechtsgebiete voneinander von untergeordneter Bedeutung".

48) vgl. die ausführliche Schilderung bei Ball S. 61 und 84 ff.

49) vgl. hierzu unten S. 147 N. 69, 269; mit Recht faßt Emge (oben S. 135) diese Entscheidung der „Frage nach der Bedeutung der soziologischen Tatsachen für das Steuerrecht" dahin zusammen, daß das Steuerrecht auch in der unmittelbaren Verwertung der Rechtstatsachen, des faktisch so gehaltenen Vorgangs, nicht gehindert sei.

50) Wenig überzeugend wirkt es, wenn neuerdings Liebisch (S. 1; vgl. auch unten S. 160) die von ihm behauptete Unrichtigkeit der Lehre Balls u. a. damit zu erhärten sucht, daß die Aussprache über das Verhältnis des Steuerrechts zum Privatrecht nicht — wie es bei Richtigkeit der Auffassung Balls zu erwarten gewesen wäre — mit dem Fortschreiten des Emanzipationsprozesses immer geringer geworden und schließlich verstummt sei. Denn daß die Erörterung dieses Problems, wie Liebisch hervorhebt, auch noch im neueren Schrifttum einen breiten Raum einnimmt, beweist allenfalls — soweit man die begriffliche Verselbständigung des Steuerrechts noch bekämpft und nicht gerade umgekehrt die Vorbildlichkeit der steuerrechtlichen Entwicklung betont —, daß die Lehre Balls noch nicht allgemein anerkannt wird, womit jedoch über die grundsätzliche Richtigkeit der Verselbständigung des Steuerrechts nichts gesagt ist.

sind zunächst uneingeschränkt gebilligt worden von Bank[51]), der u. a. hervorhebt, die zivilrechtlichen Begriffe dürften — solange noch keine steuerrechtlichen Eigenbegriffe zur Erfassung der wirtschaftlichen Machtverhältnisse ausgebildet seien, — nur als „Näherungswerte" für das „steuerrechtlich zu erfassende sozialökonomische Phänomen" angesehen und müßten deshalb weniger nach zivilrechtlichen Normen als nach Maßgabe der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse ausgelegt werden[52]).

a) Ausführlicher und kritischer hat sich dann Hensel mit der Ballschen Studie auseinandergesetzt; seine wechselnde Stellungnahme, die sich im Ergebnis der Theorie Balls immer mehr nähert, ist ein Kennzeichen für das ständige Vordringen der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht. Nachdem Hensel sich ursprünglich als Anhänger des rechtsstaatlichen Positivismus bekannt hatte[53]), weist er zunächst auch später noch[54]) auf die Ähnlichkeit des Steuerrechts und des Strafrechts hin und betont — ähnlich wie Blumenstein — die Notwendigkeit eines Eingreifens des Gesetzgebers, einer „verfeinerten Gesetzestechnik" als Voraussetzung für eine steuerrechtlich selbständige Betrachtungsweise. Die Tendenz zur begrifflichen Verselbständigung des Steuerrechts müsse durch den Hinweis auf die Einheitlichkeit des Gesamtrechts eingeschränkt und die Emanzipation der steuerrechtlichen Begriffe dürfe nur in den vom Gesetzgeber ausdrücklich umschriebenen Fällen anerkannt werden. Es sei eine petitio principii, wenn Ball behaupte, daß Rechtsgebiete mit verschiedenen Grundgedanken und Zwecken eigene Regeln und selbständige Begriffe erfordern, und es sei methodologisch unzulässig, aus der abweichenden Gestaltung eines Begriffsmerkmals auf die völlige Selbständigkeit, die grundsätzliche Verschiedenheit des Gesamtbegriffs in verschiedenen Rechtsgebieten zu schließen[55]).

51) StuW 1925, 1023: „Zur Verselbständigung der Steuerrechtsbegriffe. Ein Beitrag zu Balls Theorie des selbständigen Steuerrechtssystems".

52) Auch Bank bekämpft die irreführende Bezeichnung „Wirtschaftsbegriffe", die von der Rechtsprechung häufig i. S. eines Gegensatzes zu den „streng juristischen" Begriffen verwendet werde. Es komme — negativ — auf die Formen der entsprechenden zivilrechtlichen Begriffe nirgends entscheidend an, sondern auf die Berücksichtigung des wirklichen Willens der Beteiligten und auf die wirtschaftlichen Auswirkungen ihrer Handlungen.

53) vgl. Zur Dogmatik des Begriffs „Steuerumgehung" in Festgabe für Zitelmann 1923.

54) Bei der ausführlichen Besprechung der Arbeit von Ball in StuW 1925, 1963 ff. insbes. 1971 ff.

55) Es sei deshalb eine zu weitgehende Formulierung, wenn Ball zu dem Ergebnis gelange, das Steuerrecht verwende — abgesehen von den Fällen der positiv-rechtlichen ausdrücklichen Verweisung — niemals bei der Festsetzung des Gegenstandes der Besteuerung unmittelbar privatrechtliche Begriffe. — Daß bei dieser Kritik die von Ball betonte Beschränkung der praktischen Auswirkungen seiner Theorie auf die sog. kranken Fälle nicht genügend berücksichtigt wird, haben wir bereits hervorgehoben. Im übrigen ist aber, wie die folgenden Ausführungen noch

Aber bereits zwei Jahre später ist ein merklicher Umschwung seiner Auffassung festzustellen[56]). Offensichtlich unter dem Eindruck der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs, der die „Eigengesetzlichkeit" des Steuerrechts und seiner Begriffsbildung entscheidend betonte und an der auch die Untersuchungen Balls ausgerichtet waren, gibt nunmehr auch Hensel zu, das Problem liege nicht mehr so einfach, daß es mit dem Hinweis auf das Postulat „größtmöglicher Rechtssicherheit", insbesondere auf dem Gebiet des „rechtsstaatlichen Eingriffsrechts" und die darauf aufbauende bewußte oder unbewußte Überzeugung von der Identität der Rechtsbegriffe erklärt werden könne. Abgesehen davon, daß die einzelnen Entscheidungen des Reichsfinanzhofs in der Praxis zum mindesten als Ausführungsanweisungen des Finanzministers angesehen werden müßten und schon deshalb die Gefahr der Rechtsunsicherheit verringert werde, sei er auch in seiner theoretischen Überzeugung von der Einheitlichkeit der Grundbegriffe des Rechts neuerdings erschüttert worden:

> *„Erkennt man die Bedeutung eines großen Teils der Begriffe als Funktionsbegriffe an, so wird man von dem weiteren Schritt nicht zurückschrecken dürfen, daß die Funktion, die ein Rechtsbegriff wie Eigentum, Rechtsfähigkeit, Nichtigkeit im typischen Einzelfall zu erfüllen berufen ist, maßgebend für seinen Inhalt sein muß."*[57])

Die Forderung nach „Begriffseindeutigkeit" könne demgemäß nicht allgemein, sondern nur für den „gesetzestypischen" Fall als berechtigt anerkannt werden; und mit dieser Auffassung sei Rechtssicherheit durchaus vereinbar[58]). In den zahlreichen Fällen, in denen der „wirtschaftliche Tatbestand" nicht durch „eigengesetzliche und eigenterminologische" Begriffe umschrieben werde, sondern durch Rechtsbegriffe, die bereits im Zivilrecht oder Handelsrecht vollständige Prägung erhalten haben, sei nur „ein mittelbarer Schluß" auf die steuerrechtliche Leistungsfähigkeit möglich, der es nicht als unzulässig erscheinen lasse, diese Begriffe im Wege der telologischen Auslegung[59]) zuweilen „abweichend vom Mutterrecht zu modifizieren". Man müsse sich zwar einerseits davor hüten, aus der Entscheidung des Einzelfalles vorschnell allgemeingültige Rechtsgrundsätze abzuleiten, andererseits aber könne die steuerrechtliche Erkenntnis, daß jede, auch die allgemeinste Rechtsfigur auf anderen Rechtsgebieten „nicht unbedingt kursfähige Münze darstellt", Anlaß geben, auch

ergeben werden, daran festzuhalten, daß es sich trotz des privatrechtlichen Wortlauts um spezifisch steuerrechtliche Begriffe handelt.

56) vgl. die Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 1927 Heft 3 S. 88 ff.: „Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung".

57) aaO. S. 90.

58) vgl. die interessante Übereinstimmung mit der Auffassung von Edlin oben S. 117.

59) gemäß § 4 RAbgO.; das bedürfe aber stets eines besonderen Nachweises; aaO. S. 191.

die Begriffsbildung auf anderen Gebieten des öffentlichen Rechts unter diesem Gesichtspunkt kritisch zu überprüfen.

Im Grunde genommen sind damit — auch soweit es aus rechtsstaatlicher Besorgnis nicht zugegeben wird — die entscheidenden Gesichtspunkte Balls für die Loslösung des Steuerrechts vom Zivilrecht sachlich anerkannt und die Widerstände gegen die spezifisch steuerrechtliche Betrachtungsweise auf — allerdings nicht ganz unwichtige — Maßfragen beschränkt worden. Noch deutlicher kommt das Fortschreiten des Emanzipationsprozesses in den späteren Ausführungen Hensels[60]) zum Ausdruck, in denen er die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise weitgehend billigt, aber — seiner positivistischen Einstellung gemäß — mit Nachdruck auf die besondere Bedeutung des § 4 RAbgO. hinweist. Da jeder für ein bestimmtes Rechtsgebiet ausgeprägte Einzelbegriff zunächst auf seinem ureigenen Gebiet Funktionen zu erfüllen habe, brauche man nicht davor zurückzuschrecken, bei den aus dem Zivilrecht entlehnten Hilfsbegriffen, „eine Umprägung vorzunehmen oder als vorgenommen zu vermuten". Wenn § 4 RAbgO. vorschreibe, daß die Steuergesetze nach „ihrem" Zweck auszulegen seien, so liege darin die ausdrückliche Anerkennung einer eigengesetzlichen Begriffsbildung des Steuerrechts und die Ablehnung des Grundsatzes, daß Rechtsbegriffe auf allen Gebieten in gleicher Funktion anzuwenden, also allgemeingültig seien[61]).

b) Eine weit schärfere Kritik, die offensichtlich auf eine völlig entgegengesetzte Grundauffassung zurückzuführen und auch später nicht gemildert worden ist, hat die Ballsche Theorie des selbständigen Steuerrechtssystems durch Boethke[62]) erfahren. Er stellt mit Bedauern fest, die Auffassung Balls drohe zur herrschenden zu werden, und bezeichnet die auf Becker zurückführende Deutung der Verwendung zivilrechtlicher Begriffe im Steuerrecht i. S. eines „Notbehelfs" als „äußerst gefährlich und auch nicht richtig." Boethke will gegenüber der herrschenden Lehre

60) vgl. „Gesetz und Gesetzesanwendung im Steuerrecht — Grundsätzliches zu § 4 AO", Vierteljahrsschrift für Steuer- und Finanzrecht 1931, 115 und „Steuerrecht" 1933 S. 53 ff. ausführlich mit Rechtsprechung, auch über Einschränkungen der begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts.

61) vgl. RFH Bd. 12 S. 224: „Wenn zur Bezeichnung von Rechtsbegriffen auf verschiedenen Rechtsgebieten dasselbe Wort gebraucht wird, so berechtigt dies den Steuerrichter nicht, ohne weiteres hinter diesem Wort für alle Rechtsgebiete den gleichen Begriff zu suchen. Vielmehr ist der Sinn des Wortes für jedes einzelne Gesetz und für jede einzelne Gesetzesvorschrift zu erforschen"; vgl. auch Bd. 15 S. 270: „Bei Verweisung auf andere Gesetze zur sinngemäßen Anwendung muß bei jeder einzelnen Vorschrift geprüft werden, ob sie einer solchen in dem verweisenden Gesetze fähig ist". Vgl. hierzu RGZ 51, 103 unten S. 153 zu Merk.

62) und zwar erst einige Jahre später, als die Emanzipation des Steuerrechts schon weiter fortgeschritten war; vgl. „Steuerrecht und Privatrecht" JW 1928, 942; ferner auch StuW 1928, 1205, wo er sich ebenfalls aus grundsätzlichen Erwägungen gegen Ball wendet.

die privatrechtlichen Begriffe im Steuerrecht grundsätzlich als solche anerkennen und nur da von ihrer ziviliſtiſchen Bedeutung abweichen, wo dies erkennbar vom Steuergeſetz beabſichtigt ſei[63]). Er geht alſo offenſichtlich von einer völlig anderen Einſtellung aus, die in grundſätzlicher Hinſicht der Auffaſſung Blumenſteins nahe ſteht und ebenfalls ſchon durch die Betonung der „Einheit der Rechts“ und der „Rechtsſicherheit“ in dem von uns bereits mehrfach abgelehnten poſitiviſtiſchen Sinn gekennzeichnet wird[64]). Wenn wir trotzdem auf ſeine Ausführungen näher eingehen, ſo geſchieht dies im weſentlichen deshalb, weil Boethke ſich u. a. bemüht, den Gegenſatz dieſer beiden grundverſchiedenen Betrachtungsweiſen zu relativieren, und weil wir in dieſem Verſöhnungsverſuch eine größere Gefahr erblicken als in dem offenen Bekenntnis ſeiner Gegnerſchaft. Boethke meint, im praktiſchen Ergebnis kämen beide Auffaſſungen meiſt auf dasſelbe hinaus[65]). „Der Unterſchied beſteht gewiſſermaßen nur in der verſchiedenen Regelung der Beweislaſt, ſoweit man hier von einer Beweislaſt überhaupt ſprechen kann.“ Nur bei einer kleinen Anzahl von Begriffen werde ſich die Verſchiedenheit der Betrachtungsweiſe praktiſch auswirken, aber „ſchon das ſei Grund genug, die Ball'ſche Auffaſſung über das Verhältnis des Steuerrechts zum Privatrecht zu bekämpfen.“

Sehen wir zunächſt einmal davon ab, ob mit dieſer Schilderung die Frontenſtellung richtig dargeſtellt und der beſtehende Gegenſatz der Auffaſſungen in ſeiner Bedeutung nicht unzuläſſig verkleinert iſt[66]), ſo zögern wir nicht, der grundſätzlichen Anſicht Balls beizutreten und die „Selbſtändigkeit“ der ſteuerrechtlichen Begriffsbildung ſtets dort zu betonen, wo vernünftige Zweifel hinſichtlich der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Bindung ans Zivilrecht möglich ſind. Selbſt wenn die praktiſchen Auswirkungen tatſächlich nur ſo gering wären, wie Boethke es behauptet[67]), ſo enthöbe dies uns nicht der Aufgabe, die Richtigkeit des grundſätzlichen Ausgangspunktes mit derſelben Vorſicht und Abneigung gegen poſitiviſtiſche Gleichmacherei zu prüfen. Da es ſich u. E. um einen entſcheidenden Gegenſatz der Richtung handelt, gibt es inſoweit auch für uns — im Gegenſatz zu Boethke — keinen „geſunden Mittelweg“, ſondern nur die grundſätzliche Entſcheidung für dieſe oder jene Betrachtungsweiſe. Dabei bildet die von Boethke betonte „Gefährdung des Zuſammenhangs des Rechtsſyſtems“ für uns ebenſowenig einen durchſchlagenden Grund, das Steuer- und Strafrecht den gebietsfremden Begriffsfeſſeln des Zivilrechts zu unterwerfen, wie die Bedenken, daß die von Ball befürwortete ſpezifiſch ſteuerrechtliche Betrachtungsweiſe „ungemein hohe geiſtige Fähigkeiten vorausſetzt, wie ſie nur bei ganz wenigen zu finden ſind.“ Mit dieſen Gründen läßt ſich die „Unrichtigkeit“ der bekämpften Lehre ſchlecht beweiſen; denn daß die gleichmäßige Verwendung aller Rechtsbegriffe in der Tat die Rechtsanwendung erleichtern und vereinfachen würde, iſt nicht zu beſtreiten; ebenſowenig aber auch, daß das Ergebnis dieſer Methode zu einem begriffsjuriſtiſchen Formalismus und ſchließlich ſich ſelbſt ad absurdum führen würde[68]). Im Hinblick auf die noch nicht ſoweit fortgeſchrittene Entwicklung unſerer Problemſtellung im Strafrecht müſſen wir uns hier jedenfalls merken, daß in erſter Linie um den richtigen Ausgangspunkt, um die grundſätzliche Ausrichtung der Methode gekämpft werden muß, und daß alle vorzeitigen Verſöhnungsverſuche i. S. eines Ausgleichs der mühſam und meiſt noch nicht genügend herausgearbeiteten Gegenſätze vorläufig nur die Erkenntnis der richtigen Problemſtellung trüben und die Erfolgsausſichten der ſtrafrechtlichen Emanzipationsbeſtrebungen verſchlechtern[69]).

63) d. h. im weſentlichen alſo nur bei den geſetzlich ausdrücklich anerkannten Ausnahmen.

64) vgl. hierüber neuerdings Siegert, Gleiſpach-Feſtgabe S. 145 ff.: „Wir verſtehen dieſe (Rechtseinheit) nicht in einem abſtrakten Sinn, wonach für alle Lebensgebiete gleich blutleere Grundſätze zu gelten hätten. . . . Wir fordern vielmehr, daß auch der Gedanke der Rechtseinheit ſich der konkreten Lebensordnung einfügt.“

65) „Wenn ich den Zuſammenhang des Steuerrechts mit dem Privatrecht ſtark betone und die privatrechtlichen Begriffe ſolange gelten laſſe, als nicht feſtſteht, daß nach dem Zweck und der wirtſchaftlichen Bedeutung der Vorſchrift eine vom Privatrecht abweichende Auslegung geboten iſt, lehnt Ball umgekehrt die privatrechtlichen Begriffe ab, ohne indeſſen den Nachweis zu verſchließen, daß ſie in Einzelheiten doch gelten ſollen.“ JW aaO.

66) Denn in Wahrheit vertritt Boethke die entgegengeſetzte Auffaſſung von Ball.

67) anders Becker aaO. und vor allem die Rechtſprechung.

68) vgl. den mehrfachen Hinweis auf das Feſthalten der Rechtſprechung an dem Grundſatz Mark-Mark und ſeine Bedeutung für die Rechtsſicherheit bei C. Schmitt (DRecht 1934, 225) und den hierauf Bezug nehmenden neueren Arbeiten von Becker. Gut gegen den immer wiederkehrenden Einwand der gefährdeten Rechtsſicherheit auch Müller-Erzbach 1932, S. 125 ff.; Schwinge, Methodenſtreit S. 22 ff.

69) Deshalb brauchen wir auch den weiteren Einwand Boethkes, die urſprüngliche Freiſtellung zivilrechtlich nichtiger, insbeſ. unſittlicher Rechtsgeſchäfte von der Steuerpflicht ſei nicht, wie Ball glaube, durch privatrechtliche Erwägungen bedingt geweſen, ſondern als damals „den Staatszwecken entſprechend“ angenommen worden, nur kurz zu erwähnen. Dieſer Einwand iſt in der Folgezeit ſtets von den Gegnern der begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts (vgl. z. B. Liebiſch S. 17, 18) aufgegriffen worden, und es mag durchaus ſein, daß der von Boethke mitgeteilte Beweggrund in der von ihm erwähnten Rechtſprechung des Pr.OVG eine beſondere Rolle geſpielt hat. Dies ſteht indes der Richtigkeit der von den Anhängern der Verſelbſtändigung des Steuerrechts betonten Feſtſtellung nicht entgegen, daß in der urſprünglichen Begründung der Freiſtellung ſolcher Rechtsgeſchäfte von der Steuerpflicht der Geſichtspunkt der zivilrechtlichen Nichtigkeit in den Vordergrund geſtellt, in der ſpäteren abweichenden Rechtſprechung aber bezeichnenderweiſe der Gegenſatz zum Zivilrecht ſcharf herausgearbeitet wurde. Von dieſem Standpunkt aus erſcheint es durchaus zuläſſig, die Wandlung der Rechtſprechung zur Frage der Beſteuerung nichtiger Rechtsgeſchäfte als lehrreiches Beiſpiel für die in beiden Rechtsgebieten gebotene Verſchiedenartigkeit der Betrachtungsweiſe zu verwenden, wie dies von ſeiten der Anhänger der ſteuerrechtlichen Emanzipation ſtets geſchehen

5. Die Richtigkeit dieser Erkenntnis zeigt sich deutlich, wenn wir nunmehr die weitere Entwicklung des begrifflichen Verhältnisses zwischen dem Zivil- und Steuerrecht verfolgen, die — allgemein gesehen — zunächst durch eine stärkere Betonung des Gesichtspunkts der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit gekennzeichnet wird. Die zahlreichen Untersuchungen, die sich — durch die Arbeit Balls angeregt — mit dieser grundsätzlichen Frage beschäftigen und dabei meist einen wenig emanzipationsfreundlichen Standpunkt einnahmen, sahen sich durchweg vor die Schwierigkeit gestellt, neben den vielleicht hie und da angreifbaren Thesen Balls auch die Autorität der ihnen zugrundeliegenden Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs bekämpfen, sich zum mindesten mit ihr auseinandersetzen zu müssen. Dies hatte vor allem zur Folge, daß die beabsichtigte weitgehende Ablehnung der in der Rechtsprechung vertretenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise häufig in Formen gekleidet wurde, die durch einen mehr oder weniger deutlichen Kompromiß den sachlichen Gegensatz der Auffassungen mildern sollten. Auf diese Art und Weise verlagerte sich das Schwergewicht der Beweisführung von den weniger leicht zu beanstandenden Einzelheiten der Rechtsprechung und der Untersuchung Balls immer mehr auf die allgemeinen Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und Gesetzesbestimmtheit, also auf rechtsstaatliche[70]) Allgemeinplätze, die damals weitgehend auf Anerkennung rechnen konnten; aber diese Wandlung ließ gleichzeitig die rechtspolitische Bedingtheit der Problemstellung und ihrer Entscheidung immer deutlicher in Erscheinung treten. Nicht mehr die Bestrebungen nach einer möglichst sinn- und zweckentsprechenden Auslegung der Steuergesetze, sondern Sorgen um die Gewährleistung der liberalistischen Freiheit des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen standen im Mittelpunkt der Erörterungen[71]).

a) Gemäßigt in der Form, aber nichts weniger in der Sache waren zunächst die Ausführungen von Geiler[72]), der das Steuerrecht eben-

ist; vgl. insbes. Oeftering (Iherings Jahrbücher 82, 220): „Der Satz, daß bürgerlichrechtlich nichtige Geschäfte solange zu beachten sind, als die Beteiligten das Ergebnis gelten lassen, ist einer der elementarsten und häufigsten Einbrüche in das Zivilrecht. Diese Rechtsprechung erhebt unbeschwert von zivilrechtlichen Begriffen das Steuerrecht aus einer Welt des Scheins in eine Welt des Seins". Vgl. auch Wacke „Steuerrecht und Rechtsneubau" S. 68. Über nichtige und anfechtbare Rechtsgeschäfte im Steuerrecht vgl. jetzt Schefold JW. 1938, 1617 unter Berücksichtigung des St.Anp.G. — Gewiß handelt es sich hier um einen Fall, in dem die Selbständigkeit der steuerrechtlichen Betrachtung eigentlich „selbstverständlich" ist (vgl. unten S. 161 zu Liebisch), aber es darf nicht vergessen werden, daß auch diese Feststellung erst nach langem und hartem Kampf durchgesetzt werden konnte.

70) richtiger: auf „gesetzesstaatliche" Gesichtspunkte; denn der „Rechtsstaat i. S. der liberalistisch-bürgerlichen Rechts- und Staatsauffassung" ist der „Gesetzesstaat". Vgl. dazu Freisler DJ 1937, 151.

71) An ihnen beteiligten sich vor allem Anwälte, deren rechtspolitische Einstellung eindeutig war.

72) „Steuerrecht und Privatrecht" StuW 1927, 497.

falls in den allgemeinen Emanzipations- und Verselbständigungsprozeß des öffentlichen Rechts hineinstellt und nach einer ausführlichen Darstellung der Spaltung des öffentlichen und privaten Rechts, an Ball anknüpfend, die Erörterung des Problems weiterzuführen sucht, aber — wie sich sehr bald herausstellt — in einer völlig anderen Richtung. Er betont mit Nachdruck, daß das Steuerrecht in seinem damaligen Stadium „bürgerlich-rechtliche Anleihen vorläufig noch weiter nötig" habe und daß die Notwendigkeit einer Anknüpfung der Steuerpflicht an „Vorgänge und rechtsgeschäftliche Akte, die zunächst einmal ihre juristische Einordnung und Systematisierung im Zivilrecht und seinen Begriffen finden", seiner völligen Emanzipation entgegenstehe. Die Selbständigkeit der steuerrechtlichen Begriffsbildung wird nur im Rahmen der ausdrücklichen gesetzlichen Begriffsumwandlungen anerkannt; im übrigen müsse die „rechtsstaatliche Gebundenheit an das positive Recht" die „ungesetzliche Erweiterung der Steuerpflicht verhindern", d. h. die zivilrechtlichen Begriffe sind „im allgemeinen" auch im Steuerrecht mit ihrem privatrechtlichen Inhalt zu verwenden. Die positivistische Einstellung, die in den einzelnen Ausführungen Geilers etwas zurücktritt, kommt mit voller Deutlichkeit in seinen Leitsätzen über „die Frage einer Eigenbegriffsbildung im Steuerrecht und seines Verhältnisses zum Privatrecht" zum Ausdruck, die wir hier wörtlich wiedergeben[73]), weil sich in ihnen die völlige Ablehnung

73) aaO. S. 519 bis 521:

1. Nicht nur unbedenklich, sondern erwünscht ist eine zunehmende gesetzgeberische Eigenbegriffsbildung im Steuerrecht, also eine positiv-rechtliche Bildung eigener Begriffe, die den besonderen Zwecken des Steuerrechts, insbes. dem Gedanken der Erfassung der wirklichen Werte und Wertverschiebungen, Rechnung trägt.
2. Auch bei der Auslegung der Steuergesetze ist die die wahre Sachlage erfassende wirtschaftliche Betrachtungsweise in zunehmendem Maße anzuwenden.
3. Eine außergesetzliche steuerrechtliche Eigenbegriffsbildung darf jedoch nur unter Beachtung der rechtsstaatlichen Grundlagen und unter Wahrung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfolgen.
4. Soweit Steuergesetze ausdrücklich auf Bestimmungen des Privatrechts verweisen, gelten diese und zwar unverändert mit ihrem privatrechtlichen Inhalt. Nur wenn das Steuergesetz selbst eine Abwandlung der privatrechtlichen Regelung vornimmt, gilt insoweit diese, im übrigen aber die privatrechtliche Normierung.
5. Werden im Steuerrecht ohne besondere Verweisung und Abwandlung lediglich mit dem Privatrecht gleichlautende Begriffe verwendet, so erfordert es die Rechtssicherheit, daß im allgemeinen dann solche Begriffe auch mit dem privatrechtlichen Inhalt gelten.
6. Es ist auf eine Gesetzgebungstechnik hinzuwirken, daß, wenn für solche gleichlautenden Begriffe steuerrechtlich ein Sonderinhalt gelten soll, dies im Steuergesetz deutlich zum Ausdruck kommt.
7. Soweit einzelne Gesetze, wie insbesondere das Grunderwerbssteuergesetz, die Steuerpflicht noch zu sehr an die formaljuristische Rechtslage knüpfen, ist auch eine Gesetzeskorrektur i. S. einer Ermöglichung der Erfassung der wirklichen Sachlage anzustreben.

der Thesen Balls und die grundsätzliche Verschiedenheit des eingenommenen Standpunkts am besten offenbaren. Da im übrigen keine neuen Gesichtspunkte angeführt werden, begnügen wir uns mit der Feststellung, daß Geiler, indem er das Privatrecht ohne weiteres als Anknüpfungsgrundlage des Steuerrechts bezeichnet, die entscheidende Ausgangsfrage, ob das Steuerrecht wirklich an die zivilrechtlichen Begriffe als solche anknüpft oder ihren wirtschaftlichen Gehalt erfassen will, überhaupt nicht aufwirft, sie zum mindesten unter Hinweis auf die Rechtssicherheit ohne weiteres in ersterem Sinne entscheidet und schon damit die Möglichkeit einer weniger begriffsjuristischen Auslegung der Steuergesetze ablehnt.

b) In schärferer Form ist die namentlich von Becker, Emge und Ball vertretene Lehre von der grundsätzlichen Selbständigkeit der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe sodann von Lion[74]) kritisiert und abgelehnt worden, der sich zwar auch als Anhänger der teleologischen Auslegungsmethode, wie sie der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Reichsfinanzhofs zugrundeliegt, bezeichnet[75]), aber trotz scheinbar weitgehender Übereinstimmung einen grundsätzlich abweichenden Standpunkt vertritt. Das zeigt sich zunächst schon an einigen, zwar nur beiläufigen Bemerkungen, die aber doch für seine Einstellung kennzeichnend sind[76]). Lion geht davon aus, daß der Gesetzgeber die zivilrechtlichen Begriffe als solche nicht nur ins Steuerrecht übernommen, sondern auch auf andere Rechtsgebiete, z. B. auf das Strafrecht, übertragen habe[77]). Er betont auch mehrfach, daß es Begriffe gebe, deren Inhalt überhaupt nicht verändert werden könne, und führt als Beispiel für einen derartig „unveränderlichen Begriff" gerade den der Verwandtschaft i. S. des BGB an, dessen abweichende Inhaltsbestimmung im Sinne des Strafrechts wir bereits bei den Erörterungen zu Art. 33 EGBGB als nicht bestreitbar festgestellt haben. Dieser Irrtum mag die abweichende Auffassung Lions zwar weitgehend erklären; er ist aber nicht geeignet, seiner scharfen und durchweg nicht begründeten Kritik an der Theorie Balls größeren Nachdruck zu verleihen oder gar ihre tendenziöse Übertreibung zu entschuldigen: Die Lehre Balls, die Lion als „nihilistisch" bezeichnet[78]), führe ernst-

8. Soweit Rechtsbegriffe aus anderen Rechtsgebieten als dem Privatrecht, wie z. B. staatsrechtliche Begriffe, im Steuerrecht verwendet werden, ist für den Inhalt solcher Begriffe der Zweck des einzelnen Steuergesetzes von entscheidender Bedeutung.

74) „Steuerrechtliche Wirtschaftsbegriffe", Vierteljahrsschrift für Steuer- und Finanzrecht 1927, 133.

75) er nennt sie „inhaltlich wirtschaftliche Interpretation" vgl. aaO. S. 149.

76) vgl. zum folgenden aaO. S. 133 und 152 ff.

77) Die Erhärtung dieser Behauptung durch den Hinweis auf den Eigentums- und Sachbegriff in den §§ 242, 266 StGB ist aber nichts weniger als unangreifbar. Vgl. hierüber unten S. 206, 235.

78) weil sie „schlechthin die zivilrechtliche Bedeutung der verwendeten zivilrechtlichen Begriffe verneint und absichtlich übersieht."

lich durchdacht dahin, daß „neben den in Jahrhunderten erarbeiteten zivilrechtlichen Begriffen neue, von einer neuen Steuerrechtswissenschaft erst zu erarbeitende steuerrechtliche Begriffe für dieselbe Lebenserscheinung treten" müßten. Die Anerkennung der von Becker, Ball u. a. befürworteten Selbständigkeit der vom Steuerrecht verwendeten Hilfsbegriffe bedeute nichts anderes als „die Aufstellung eines vollkommen steuerrechtlichen BGB", und diese Folgerung sei doch offensichtlich unhaltbar; denn wenn sie richtig wäre, „müßte also ein Kommentator sich das BGB vornehmen und es ganz kommentieren, als ob es nicht zur Regelung der bürgerlich-rechtlichen Verhältnisse erlassen sei, sondern als ein Steuergesetz" (!). Demgegenüber sind wir heute in der glücklichen Lage, darauf hinweisen zu können, daß diese Arbeit[79]) neuerdings in mustergültiger Weise von Blau-Oeftering[80]) geleistet und außerdem durch das Steueranpassungsgesetz eine Regelung geschaffen worden ist, die führende Steuerrechtler[81]) nicht mit Unrecht als „abgewandeltes BGB" bezeichnet haben.

Schon hieraus ergibt sich, daß die Theorie Becker-Emge-Ball doch nicht so unvernünftig sein kann, wie Lion es darzustellen versucht. Der Gegensatz der Auffassungen besteht vorwiegend darin, daß Lion mit Nachdruck betont, bei den im Wege teleologischer Auslegung erzielten Abweichungen vom Privatrecht handele es sich nicht um Begriffsveränderungen, sondern um Auslegungsfragen[82]). Die Vorstellung von der grundsätzlichen Selbständigkeit der entlehnten steuerrechtlichen Hilfsbegriffe sei deshalb verfehlt, weil die zivilrechtlichen Begriffe durch die teleologische Auslegungsmethode nicht ganz allgemein für das Steuerrecht einfach aufgehoben, nicht zum bloßen „Notbehelf" degradiert würden. Auch der Steuerrichter lege in Zweifelsfällen das Gesetz so aus, „daß es außer auf die zivilrechtlichen Begriffe auch noch auf rechtsähnliche Tatbestände angewendet wird"[83]). Wenn wir auf Grund dieser Ausführungen zunächst einmal unterstellen, daß Lion die Möglichkeit einer Abweichung vom Zivilrecht in dem erforderlichen Umfange selbst nicht bestreiten

79) selbstverständlich ohne die von Lion betonten Übertreibungen.

80) „Steuerrecht und BGB" 1934. „Dies Buch . . . will durch eine, dem Aufbau des BGB angepaßte Zusammenfassung der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs . . . die Erkenntnis des Verhältnisses zwischen Steuerrecht und bürgerlichem Recht vermitteln . . ." (Vorwort).

81) vgl. Jahn, Handb. des Steuerrechts zu § 1 StAnpG.

82) „Soweit das Steuerrecht zivilrechtliche Begriffe verwendet, ist es bei deren Auslegung schon an sich selbständig und an die Auslegung durch die Zivilgerichte nicht gebunden. Es verfährt hierbei ebenfalls teleologisch, indem es auch bei der logischen Analysierung den Sinn und Zweck des Gesetzes vor Augen hält. Dadurch schafft es aber keine neuen, spezifisch steuerrechtlichen Begriffe für ‚Wirtschaftslagen', Begriffe, die dann neben den zivilrechtlichen ständen i. S. des Prinzips von Ball und Becker. Dieses Prinzip betrifft vielmehr die grundsätzliche Freiheit vom Zivilrechtsbegriff, die nach Becker und Ball vorliegen soll."

83) er erörtert aber immer noch, „inwieweit sinngemäß ein Tatbestand unter den zivilrechtlichen Begriff zu bringen" sei. Vgl. aaO. S. 153.

will[84]), sondern nur die Ausbildung selbständiger spezifisch steuerrechtlicher Begriffe leugnet, so stehen wir im Grunde hier wieder vor der alten Frage, ob es sich um Abweichungen einheitlicher allgemeingültiger Begriffe oder um verschiedene selbständige Bgriffe handelt. Die scharfe Kritik Balls durch Lion hat also lediglich insofern eine sachliche Grundlage, als sie durch die Vorstellung von der Allgemeingültigkeit der zivilrechtlichen Begriffe in mehreren Rechtsgebieten bedingt ist, die wir bereits mehrfach abgelehnt haben. Sie berührt aber um so merkwürdiger, als Lion an späterer Stelle selbst zugibt, man könne allenfalls von „steuerrechtlichen Oberbegriffen" sprechen, die neben dem zivilrechtlichen Inhalt auch andere wirtschaftlich gleichliegende Rechtspositionen umfassen. Damit ist — wenn auch nur in beschränktem Umfang — im Grunde die Selbständigkeit der steuerrechtlichen Begriffsbildung zugegeben[85]). Aber auch abgesehen hiervon geben die Ausführungen Lions keinen hinreichenden Anlaß, unsere bisherige grundsätzliche Stellungnahme zur Frage der Selbständigkeit der steuerrechtlichen Begriffsbildung zu ändern, und zwar um so weniger als die Eigentümlichkeiten der strafrechtlichen Begriffe, deren Untersuchung unsere Arbeit gewidmet ist, zweifellos weitgehend nicht durch die Vorstellung einer abweichenden Auslegung zivilrechtlicher Lehnsbegriffe, sondern nur durch die Annahme ihrer ursprünglichen Selbständigkeit sinnvoll erklärt werden können.

c) Dieselben Gesichtspunkte gelten auch gegenüber den Ausführungen von Merk[86]), der die Beziehungen zwischen Steuerrecht und bürgerlichem Recht, insbesondere auf dem Gebiet der Begriffsbildung, an Hand der Rechtsprechung des RG untersucht und dabei offensichtlich von den Gedankengängen Lions beeinflußt ist. Er nennt die zur Umschreibung des Steuertatbestands verwendeten zivilrechtlichen Begriffe — die uns in diesem Zusammenhang fast ausschließlich interessieren — steuerrechtliche „Entlehnungsbegriffe" und stellt ihnen die viel selteneren „Entsprechungsbegriffe" gegenüber, die sich als „öffentlich-rechtliche Seitenstücke zu entsprechenden Begriffen und Einrichtungen des bürgerlichen Rechts darstellen"[87]). Ebenso wie Lion behandelt auch Merk die bei den sog.

84) Meist zeigt sich jedoch bei der Beantwortung dieser entscheidenden Frage, daß die Ansichten im einzelnen stark auseinandergehen; und es ist auch durchaus erklärlich, daß die Anhänger derjenigen Auffassung, die lediglich die Möglichkeit der abweichenden Auslegung zivilrechtlicher Begriffe im Steuerrecht zugibt, die Bindung an das Zivilrecht in viel größerem Umfang und viel stärker betonen als die Befürworter der grundsätzlichen Selbständigkeit der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe.

85) denn es ist keineswegs stets so, daß die steuerrechtlichen Begriffe weiter sind als die zivilrechtlichen; sie können sehr wohl auch enger sein.

86) „Reichsgericht und Steuerrecht"; RG-Festgabe Bd. IV S. 82 ff., insbes. S. 95 ff.

87) aaO. S. 96; letztere seien als echte Verweisungen i. S. des Art. 4 EGBGB aufzufassen und deshalb streng i. S. des BGB auszulegen. Vgl. über den hierher gehörenden Begriff der „Gesamtschuld" (dessen Abhängigkeit vom Zivilrecht auch

Entlehnungsbegriffen häufig festzustellenden Abweichungen vom Zivilrecht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt abweichender Auslegung allgemeingültiger Rechtsbegriffe. Obwohl er nach einer Darstellung der nicht einheitlichen Rechtsprechung des RG[88]) zu dem Ergebnis gelangt, daß die „wirtschaftliche Auslegung der Besteuerungstatbestände endgültig den Ausschlag zugunsten der selbständigen Behandlung der zu ihrer Umschreibung benutzten bürgerlich-rechtlichen Begriffe gegeben", also auch eine Wandlung der Rechtsprechung des RG veranlaßt habe[89]), betont er mit Nachdruck, daß die durch die Entlehnungsbegriffe bezeichneten Rechtsgebilde des bürgerlichen Rechts dadurch nicht zu öffentlich-rechtlichen umgeprägt würden[90]), daß diese Begriffe durch ihre Herübernahme in die Steuergesetze „keinen völligen Gestalts- und Wesenswandel" erführen[91]). Auch Merk erkennt die „Selbständigkeit" der steuerrechtlichen Begriffe nur soweit sie gesetzlich ausdrücklich vorgeschrieben ist, nämlich nur bei „den selbständig geformten steuerrechtlichen Sonder(Eigen-)begriffen"[92])

von Ball nicht bestritten worden ist) RGZ 96, 46: „Das Gesetz setzt hier zu seiner Ergänzung zwar das Vorhandensein von Normen für gewisse Rechtsverhältnisse voraus, nicht aber einen bestimmten Inhalt dieser Normen; es will durch diese Normen nicht nur in ihrer derzeitigen, sondern in ihrer jeweiligen Gestalt ergänzt sein".

88) aaO. S. 98; vgl. als grundsätzlich wichtig insbes. RGZ 51, 103: „Bedienen mehrere Gesetze sich gleichartiger Ausdrücke, so ist deren Bedeutung für jedes besonders zu ermitteln. Grundsätzlich ist auch keine Ausnahme für solche Gesetze anzuerkennen, in denen die ursprünglichsten und wesentlichsten der eine Sache oder Handlung berührenden Beziehungen ihre rechtliche Regelung finden, und speziell nicht den Gesetzen sachenrechtlichen oder obligatorischen Inhalts die Tragweite beizumessen, daß es ihr Wille wäre, die in ihnen aufgestellten Kategorien über das privatrechtliche Gebiet hinaus für die Gesamtheit aller Rechtsvorschriften, die sich in irgendeiner Weise, — gleichviel für welche Zwecke und von welchen Gesichtspunkten aus — mit denselben Gegenständen beschäftigen, also namentlich auch für die steuerrechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften in maßgebender und bindender Weise festzulegen . . . Eine andere . . . Frage ist die, ob es nicht der Wille eines Steuergesetzes ist, statt eigener Feststellung der Bedeutung gewisser von ihm angewendeter begrifflicher Bezeichnungen auf andere Gesetzesvorschriften zu verweisen und der dort angenommenen Bedeutung gleichartiger Ausdrücke auch für seinen Bereich Geltung seinerseits einzuräumen, und zwar mit der Maßgabe, daß selbst künftige Änderungen jener Bestimmung davon nicht ausgeschlossen sind."

89) aaO. S. 100.

90) anders schon Blumenstein (oben S. 131), womit jedoch über ihre vom Zivilrecht abweichende Inhaltsbestimmung noch nichts gesagt ist.

91) Die Polemik (aaO. S. 97) gegen Emge (S. 28), daß durch die Übernahme kein besonderes steuerrechtliches Zivilrecht neben dem privatrechtlichen Zivilrecht geschaffen werde, beruht ähnlich wie bei Lion, dessen Ausführungen Merk auch insoweit folgt, wenn nicht auf einem Mißverständnis, so doch zum mindesten auf einer tendenziösen unberechtigten Übertreibung der Auffassung von Emge, die bei unvoreingenommener Beurteilung nicht in diesem abwegigen Sinne ausgelegt werden darf.

92) Auch er lehnt — im Anschluß an Ball — die irreführende Bezeichnung „Wirtschaftsbegriffe" ab, betont aber bezeichnenderweise andererseits, daß sie zwar — weil durch die jahrhundertlangen wissenschaftlichen Bearbeitungen weniger abge-

an; er betrachtet das bürgerliche Recht und seine Begriffe noch völlig als notwendige Anknüpfungsgrundlage des Steuerrechts und sucht die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten ausschließlich im Wege abweichender Auslegung der „an sich unverändert entlehnten" bürgerlich-rechtlichen Begriffe zu überwinden und zu beseitigen.

d) Es erscheint verständlich, daß die Frage der Emanzipation des Steuerrechts von diesem Standpunkt aus mit größerer Vorsicht beurteilt wird als von demjenigen, der sich für die Auffassung von der grundsätzlichen Selbständigkeit der steuerrechtlichen — lediglich in der Bezeichnung übereinstimmenden — Hilfsbegriffe entschieden hat. Das beweisen abermals die Vermittlungsvorschläge von Blau[93]), der trotz mannigfacher Zugeständnisse an die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs im Grunde wenig emanzipationsfreundlich eingestellt, vornehmlich auf eine die Verselbständigung des Steuerrechts einschränkende Ausgleichung der Gegensätze bedacht ist und die „Selbständigkeit" i. S. einer völligen Unabhängigkeit der steuerrechtlichen Begriffsbildung im wesentlichen nur hinsichtlich der gesetzlich vorgeschriebenen Abweichungen vom Zivilrecht anerkennt[94]). Das liegt offensichtlich an dem bereits bedenklichen Ausgangspunkt, der zum mindesten eine ungenaue Ausrichtung der Problemstellung und deshalb abweichende Ergebnisse zur Folge hat: „Was für das bürgerliche Recht die Rechtstatsachen sind, ist für das Steuerrecht das bürgerliche Recht"[95]). Diese meist von den Gegner der steuerrechtlichen Emanzipation betonte Auffassung, die ungefähr der Akzessorietätslehre auf strafrechtlichem Gebiet gleichgestellt werden darf, ist von den Anhängern der Verselbständigung des Steuerrechts stets abgelehnt worden. Denn sie verkennt, daß das Steuerrecht sich gerade nicht mit den „als Wirklichkeiten gedachten, verabsolutierten" Gebilden und Begriffen des bürgerlichen Rechts befaßt, sondern entscheidend auf die jenen zugrundeliegenden Lebenstatsachen, auf ihren wirtschaftlichen Gehalt, den tatsächlichen Verkehrsvorgang in seiner wirtschaftlichen Bedeutung abstellt. Immer wieder kommen wir so auf das Kernproblem des Verhältnisses zwischen Zivil- und Steuerrecht, nämlich auf unsere Ausgangsfrage zurück, bei deren Beantwortung sich die Geister scheiden und die Fronten erfreulich klären; und mit vollem Recht hat Rheinstrom von dieser Erkenntnis ausgehend betont, daß es sich hier „um grundsätzliche Dinge handele", und daß Blau „die völlig andere Grundlage des Steuerrechts

griffen — den wirtschaftlichen Erscheinungen noch näher stünden, dafür aber auch meist der scharfkantigen Bestimmtheit der bürgerlich-rechtlichen Begriffe entbehrten.

93) „Abwandlungen des bürgerlichen Rechts im Steuerrecht", Iherings Jahrbücher 82, 164 ff. (1932).

94) vgl. die ausführliche Zusammenstellung der in Betracht kommenden Gesetzesvorschriften aaO. S. 171 ff. Anmerkung.

95) aaO. S. 165.

(gegenüber dem Privatrecht) noch nicht in vollem Umfang erkannt" habe[96]).

6. Daß der Zug der damaligen Zeit nicht in dieser, sondern in entgegengesetzter Richtung ging, beweisen am besten die Verhandlungen des Deutschen Anwaltsvereins, der sich im Jahre 1932 speziell mit der Frage der sog. „wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Rechtsprechung" befaßte[97]), und zwar offensichtlich nur deshalb, um die bekannten Bedenken gegen die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs vor einem größeren Forum betonen zu können[98]). Die Referate von Haußmann, Bing und Simon erwähnen zwar die Arbeiten der Anhänger der Emanzipationsbestrebungen, ohne jedoch auf die überzeugenden Einzelheiten ihrer Beweisführung näher einzugehen; ja man hat sogar oft das Gefühl, als würden die für die Verselbständigung des Steuerrechts entscheidenden Gesichtspunkte bewußt vernachlässigt, um den rechtsstaatlichen Bedenken gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise größeren Nachdruck zu verleihen. Wenn wir uns gleichwohl mit diesen Ausführungen, die auch im übrigen keine neuen Gesichtspunkte zur Lösung oder Vertiefung des Problems beisteuern, beschäftigen, so geschieht es auch hier lediglich deshalb, weil sie die wahren Beweggründe der Gegner der begrifflichen Verselbständigung des Steuerrechts, nämlich ihre rechtspolitische und weltanschauliche Einstellung, klar, manchmal sogar kraß erkennen lassen und insofern zur Klärung der Lage beitragen. So betont Haußmann gleich zu Beginn seines Referats[99]), daß nicht der Methodenstreit das eigentliche und entscheidende Thema sei, sondern das Problem der — insoweit offensichtlich durch die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs veranlaßten — „Krisis des Rechtsstaats". Demgemäß gründen sich auch die zahlreichen Bedenken und Einwendungen gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise ausschließlich auf rechtsstaatlich-liberalistische Erwägungen; die gefährdete Rechtssicherheit — natürlich im rein positivistischen Sinn — und die „ungesetzliche" Erweiterung der Steuerpflicht werden heraufbeschworen; immer wieder ertönt der Ruf nach dem Eingreifen des Gesetzgebers, ohne dessen Billigung die „Selbständigkeit" des Steuerrechts, insbesondere seiner Begriffsbildung nicht anerkannt werden dürfe; und das beliebteste Argument ist der Hinweis auf das strafgesetzliche Analogieverbot, das in gleicher Weise auf das Ge-

96) JW 1932, 1459: Der Gesichtspunkt, unter dem die Erscheinungen des Privatrechts betrachtet werden müßten, sei im Steuerrecht ein ganz anderer. Man könne ihn nicht schlechthin fiskalisch nennen, sondern müsse, um ihn richtig zu erkennen, gewissermaßen eine höhere Warte besteigen. Nicht die zivilrechtliche Erscheinungsform, sondern der Interessengehalt sei für das Steuerrecht allein maßgebend.

97) Sitzung der Steuerrechtsgruppe; Druckschriften Nr. 34; Steuerrechtliche Beiträge Heft 3, Leipzig 1932. Die Verhandlungen interessieren hier nur insoweit, als sie sich mit dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Steuerrechts beschäftigen.

98) Dieser Eindruck drängt sich dem Leser an zahlreichen Stellen auf.

99) aaO. S. 11.

biet des Steuerrechts übertragen werden müsse[100]). Zwar zwingt die Autorität der langjährigen Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs teilweise zu einer gewissen Mäßigung der Kritik innerhalb der Referate[101]), dafür aber lassen die Thesen der Berichterstatter[102]) ihre grundsätzliche Gegnerschaft und abweichende rechtspolitische Einstellung umso unverhüllter hervortreten. Denn sie alle stimmen im sachlichen Ergebnis darin überein, daß die zivilrechtlichen Begriffe, die das Steuerrecht als Anknüpfungsgrundlage benutze, regelmäßig i. S. des Privatrechts auszulegen, Begriffsabweichungen also nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zulässig seien, und daß im Interesse der Rechtssicherheit die bürgerlichrechtlichen Gesetze und deren Formen sowie die sich hierauf gründenden Parteivereinbarungen respektiert werden müßten. Nach Haußmann sind „Analogieschlüsse"[103]), die zu einer Erweiterung der Steuerpflicht führen, grundsätzlich abzulehnen; Bing warnt ausdrücklich davor, demselben Wort[104]), demselben Begriff in den verschiedenen Blickrichtungen abweichende Bedeutung beizulegen, und Simon[105]) wendet sich mit scharfen Worten gegen die Lehre Beckers von der Zulässigkeit, ja sogar Notwendigkeit einer begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts, die dieser in einem dem Anwaltstag vorgelegten Gutachten nochmals mit überzeugender Beweisführung zusammengefaßt hatte[106]), indem er gerade umgekehrt

100) Um den „festen Rechtsboden für die wirtschaftliche Betätigung des Individuums zu schaffen". Hand in Hand damit geht die Tendenz, das Schwergewicht in der Bekämpfung der Steuerumgehung von dem allgemeinen Grundsatz des § 9 (bisher § 4) RAbgO. auf den eng umgrenzten § 10 (bisher § 5) zu verlegen und so die auf Grund des § 9 RAbgO von der Rechtsprechung ausgebildete spezifisch steuerrechtliche Betrachtungsweise erheblich einzuschränken.

101) Aber die Bemühungen um einen Ausgleich sind dann meist nichtssagend; vgl. z. B. Haußmann aaO. S. 39 ff., der das Verhältnis zwischen bürgerlichem und Steuerrecht durch die Formel zu klären glaubt: es bestehe „keine feste Bindung ans BGB, wohl aber eine enge organische Verbindung".

102) aaO. S. 47, 93 und 111.

103) zu denen durchweg jede Abweichung von der streng zivilrechtlichen Bedeutung des Wortlauts gerechnet wird.

104) Schon diese Gleichstellung von „Wort" und „Begriff" ist typisch für die positivistische Grundeinstellung; vgl. auch aaO. S. 53: „Wir müssen daran festhalten, daß nur da, wo das Gesetz ausdrücklich die Begriffe schafft, eine Rechtsdisziplin von den Begriffen einer anderen abweichen sollte."

105) aaO. S. 84 ff.

106) StuW 1932, 481, insbes. 495 ff.: Niemals dürfe sich unvermerkt die unberechtigte Vorstellung einer Allgemeingültigkeit der Begriffe über ihr Rechtsgebiet hinaus einschleichen. Gerade das Steuerrecht sei oft wegen seines besonderen Zweckes genötigt, geläufige Rechtsbegriffe aus anderen Gebieten mit Einschränkungen, Abweichungen, „sozusagen in einer besonderen Schattierung" zu verwenden. Bei der Frage nach der Zulässigkeit dieser Abweichungen, die nur zum Teil vom Gesetz ausdrücklich, d. h. als Beispiele, anerkannt seien, handele es sich um Gegensätze der Richtung, der ganzen Einstellung. Die Ansicht sei „völlig unhaltbar, die glaube, die Steuerpflicht setze sich aus zwei Elementen zusammen: aus der zivilrechtlichen

betont, das Steuerrecht könne nicht frei von zivilrechtlichen Begriffen selbständig aufgebaut werden und sei deshalb, soweit es an das Zivilrecht anknüpfe, streng an die zivilistische Betrachtungsweise und Begriffsbildung gebunden.

So darf es denn nicht Wunder nehmen, daß der Positivismus in den Leitsätzen der Berichterstatter seine „klassischen" Forderungen neu verkündete und das liberal-rechtsstaatliche Denken auf dieser Tagung des Deutschen Anwaltsvereins zum Generalangriff gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Reichsfinanzhofs vorging und seine letzten Triumphe feierte[107]). Die Einwendungen der nicht zahlreichen Verteidiger der Verselbständigung des Steuerrechts, insbesondere auf dem Gebiet der Begriffsbildung, fanden kaum Beachtung. Jeder Versuch, das Grundproblem nicht nur vom Standpunkt der Rechtssicherheit des Einzelnen her zu betrachten, sondern die Belange des Steuerrechts selbst, d. h. die der Volksgemeinschaft zu berücksichtigen, stieß auf — zum mindesten stillschweigende — Ablehnung. Die Ausführungen Seyfferts[108]), der als selbstverständlich hervorhob, daß die Begriffe des Steuerrechts sich nicht notwendig mit den gleichlautenden des Zivilrechts zu decken brauchen, fanden kein Verständnis; und selbst die Mahnung Balls[109]), daß man in einer falschen Frontenstellung kämpfe, daß man sich nicht gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise als solche wenden, sondern, gerade von ihr ausgehend, allenfalls einige Entscheidungen als zu weitgehend ablehnen müsse, blieb ohne jeden Eindruck[110]). Die Verhandlungen endeten — ähnlich wie die entsprechenden Beratungen des Schweizerischen Juristenvereins, die sich mit dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Straf-

Beurteilung des Rechtsverhältnisses und aus den hieraus zu schließenden steuerrechtlichen Konsequenzen". . . . Durch die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise könne das Steuerrecht zum „Pfadfinder für das gesamte Recht werden".

107) In diesem Sinne auch Kraemer JW 1932, 1425: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs und des RG; vgl. S. 1426: „Aus der Sonderbehandlung des § 80 AO. (steuerrechtliches Eigentum) folgt, daß zivilrechtliche Begriffe, die in den Steuergesetzen verwendet werden, ohne eine Sonderbegriffsbestimmung zu finden, i. S. des Zivilrechts auszulegen sind."

108) aaO. S. 67.

109) aaO. S. 73, der auch als Anwalt seiner früheren Theorie treu geblieben war.

110) Vgl. ähnlich auch die temperamentvollen Ausführungen von Wirkau (Steuerarchiv 1930, 259 und 296 ff.: „Die Rechtsprechung des RFH in der öffentlichen Kritik"), der zwar ebenfalls die wirtschaftliche Betrachtungsweise bekämpft, sich im Grunde aber nur gegen ihre mißbräuchliche Verwendung i. S. eines Schlagworts wendet und es als selbstverständlich und unerläßlich bezeichnet, daß die sich mit wirtschaftlichen Tatbeständen befassenden Steuergesetze „nach vernünftigen wirtschaftlichen Gesichtspunkten auszulegen sind." Interessant ist, daß auch Wirkau betont, der dem Reichsfinanzhof gemachte Vorwurf, die wirtschaftliche Betrachtungsweise bedeute überwiegend eine zusätzliche Steuerbelastung und eine Verschärfung der Steuergesetze, sei unberechtigt; sie habe sich im Gegenteil bisher ganz überwiegend zugunsten der Wirtschaft ausgewirkt.

rechts beschäftigt hatten — ohne besondere Beschlußfassung; und wenn aus ihnen eine Lehre gezogen werden kann, so ist es die Erkenntnis, daß es von dem damaligen Ausgangspunkt der größtmöglichen Rechtssicherheit des Einzelnen im positivistisch-liberalistischen Sinn einer schrankenlosen Gestaltungsfreiheit aus unmöglich ist, zu einer sinn- und zweckentsprechenden Handhabung der Steuergesetze zu gelangen, und daß in der Tat jede weitere Diskussion zwecklos ist, solange man sich nicht über die rechtspolitisch bedingte Grundauffassung geeinigt hat.

Unter diesen Umständen ist es als großer Fortschritt zu bezeichnen und sehr zu begrüßen, daß ein Praktiker des Steuerrechts, Oeftering, zu der bereits von Ball verwendeten Methode zurückfand, vor allem die abstrakten Gemeinplätze über die von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe abhängige Rechtssicherheit des Einzelnen durch eine sorgfältige Untersuchung der Rechtsprechung ersetzte und damit den Anschluß an die Bedürfnisse des Lebens und die wertvollen Erfahrungen der den besonderen Sinn und Zweck der Steuergesetze berücksichtigenden Praxis wiederherstellte[111]). Mit Recht weist Oeftering darauf hin, daß die Rechtsprechung zwar von bewußter Problemstellung im Einzelfall und ihrer Beantwortung auf Grund dogmatisch gewonnener Ergebnisse noch weit entfernt sei, daß aber die Fülle der Entscheidungen in ihrer Planmäßigkeit überrasche und bemerkenswerte Ansätze einer neuen Methodik zeige, aus denen der Dogmatiker grundsätzliche Erkenntnisse herleiten könne. Erst wenn man die Abweichungen vom Zivilrecht an Hand der Rechtsprechung näher geprüft habe, sei es möglich, sich gegen das Verlieren fester Rechtsbegriffe überhaupt zu schützen und die wahren Grenzen zwischen beiden Rechtsgebieten aufzuzeigen[112]). Schon dieser kurze Hinweis[113]) genügt, um zu erkennen, daß die Problemstellung neu ausgerichtet und in grundsätzlicher Hinsicht auf der bereits von Ball aufgezeigten Linie weitergeführt wird. Wenn Oeftering auch mit Recht davon absieht, den damaligen Stand der Emanzipation des Steuerrechts in einer Formel zusammenzufassen, so ist doch der Fortschritt gegenüber den liberalistischen Gegnern der wirtschaft-

111) Iherings Jahrbücher 82, 204 ff.; er ergänzt die Ausführungen von Blau, aber überwiegend in einer Richtung, die mit der von jenem eingeschlagenen keineswegs übereinstimmt.

112) vgl. aaO. S. 207: „Das Reagenzglas des Steuerrechts, in dem die bürgerlich-rechtlichen Begriffe auf ihren Wesensgehalt untersucht werden, denaturiert sie gleichsam und führt sie zurück auf ihr letztes Wesen: Spiegelbild des Wirtschaftslebens. Und die beiden großen Katalysatoren bei diesem chemischen Reaktionsvorgang heißen: wirtschaftliche Betrachtungsweise und Gleichmäßigkeit der Besteuerung."

113) Auf die zahlreichen lehrreichen Einzelheiten einzugehen, würde hier zu weit führen; vgl. z. B. S. 207: § 80 AO. (wirtschaftliches Eigentum) sei ein „Sturmbock", der gegen die befestigte Mauer des Eigentumssystems des bürgerlichen Rechts angesetzt werde. S. 216: Der bürgerlich-rechtliche Begriff des Gegenstandes müsse ersetzt werden durch den steuerrechtlichen des Wirtschaftsgutes; so jetzt § 11 StAnpG.

lichen Betrachtungsweise, nämlich die grundsätzliche Begünstigung aller Bestrebungen, zu einer sinn- und zweckentsprechenden, weniger formalistischen Betrachtungsweise zu gelangen, unverkennbar; und deshalb darf die Untersuchung Oefterings als verheißungsvolle Überleitung zu der nun folgenden Epoche angesehen werden, in der die Verselbständigung des Steuerrechts „dem Grundsatz nach" zum Siege geführt wurde[114]).

III. Daß die auf dem Anwaltstag so stark betonten gesetzesstaatlichen Bedenken durch den politischen Umschwung des Jahres 1933 und die damit verbundene grundsätzliche Neuausrichtung des Rechtsdenkens erledigt wurden und die Entwicklung gerade entgegengesetzt zur Anerkennung einer wirklichkeitsnahen, sinn- und zweckentsprechenden Handhabung der Steuergesetze führen mußte, bedarf nach der bisherigen Schilderung keiner näheren Begründung mehr. Die kurz vorher viel geschmähte Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs und die ihr folgende Entwicklung des Steuerrechts i. S. einer begrifflichen Verselbständigung wurde zum Vorbild der allgemeinen Rechtserneuerung, zum nachahmenswerten Beispiel einer nicht an abstrakten Begriffen klebenden formalistischen, sondern sinnvoll, den Belangen der Volksgemeinschaft Rechnung tragenden Gesetzesauslegung. Bereits auf dem Juristentag 1933 konnte Enno Becker, der unermüdliche Vorkämpfer für die Befreiung des Steuerrechts aus zivilistischen Begriffsfesseln und Gedankengängen, darauf hinweisen[115]), daß gerade die Steuerrechtsprechung den neuen Rechtsgedanken weitgehend vorgearbeitet habe; und abermals betonte er nach einer Darstellung der Entwicklung mit Nachdruck, daß es sich bei den zahlreichen einzelnen Beispielen einer Loslösung des Steuerrechts vom Zivilrecht nicht um vereinzelte, zufällige Abwandlungen bürgerlich-rechtlicher Begriffe handele, vielmehr „um Besonderheiten, deren Quelle tiefer im Zweck und Wesen des Steuerrechts und des bürgerlichen Rechts begründet ist, auf die man überall stößt und denen — unbeschadet der Einheitlichkeit des Gesamtrechts — durch klare Entwicklung steuerrechtlicher Rechtsgedanken

114) Wenn auch Oeftering die grundsätzliche Selbständigkeit der steuerrechtlichen Hilfsbegriffe betont, so erblicken wir hierin eine wertvolle Bestätigung der Theorie Balls, der wir uns schon früher angeschlossen haben. Zum mindesten im damaligen Zeitpunkt der steuerrechtlichen Entwicklung konnte die von Rheinstrom (JW 1932, 1459) getadelte, „zu starke begriffsjuristische Einstellung" hinsichtlich der privatrechtlichen Erscheinungsformen nur zweckdienlich sein. Daß wir im Gegensatz zu Rheinstrom in den Abweichungen vom Zivilrecht — die auch von ihm nicht beanstandet werden — nicht nur Auslegungsverschiedenheiten sehen, „wie sie nach der Lehre von der Relativität aller Rechtsbegriffe selbstverständlich sind", sondern die „Begriffsabwandlungen" als Übergang zur Ausbildung selbständiger, spezifisch steuerrechtlicher Begriffe auffassen, haben wir bereits bei der oben erörterten Lehre von der Relativität der Rechtsbegriffe (Müller-Erzbach), auf die auch Rheinstrom zurückgreift, sowie gegenüber Lion und Merk hervorgehoben.

115) vgl. „Deutscher Juristentag 1933", S. 280: Die Aufgabe des Steuerrechts im neuen deutschen Recht.

Rechnung getragen werden muß und vom Reichsfinanzhof bereits getragen wird“[116]).

1. Der nun erneut einsetzende Siegeszug der spezifisch steuerrechtlichen Betrachtungsweise wurde — allerdings nur ganz vorübergehend — aufgehalten durch die ausführliche Monographie von Liebisch[117]) über das Verhältnis des Steuerrechts zum Privatrecht, deren Untertitel „Ein Beitrag zur Förderung der Rechtseinheit“ schon darauf hinweist, daß der Verfasser eine abweichende Grundhaltung zu unserer Fragestellung einnimmt und anderen als den von uns gestellten Zielen zustrebt. Er lehnt gleich zu Anfang die von Ball aufgestellte Theorie eines selbständigen Steuerrechtssystems und die damit verbundene Loslösung des Steuerrechts vom Privatrecht als unrichtig ab, indem er u. a. hervorhebt, der Wunsch nach Vereinfachung und volkstümlicherer Gestaltung verbiete es, hierbei das öffentliche Recht in der bisher üblichen Weise immer weiter vom Privatrecht wegzuführen. Das „Schlagwort“ von der Loslösung des Steuerrechts vom Privatrecht, „das nur i. S. einer völligen Trennung verstanden werden könne“, müsse verstummen; nicht Ablehung, sondern Übernahme des im Steuerrecht verwertbaren (?) privatrechtlichen Gedankenguts müsse die Losung sein. Eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit den dem Steuerpflichtigen vertrauten (!) zivilrechtlichen Begriffen und Rechtsinstituten sei notwendig, um das Verständnis der Steuergesetze zu erleichtern. Die Einheit des deutschen Rechts fordere die Verbindung von Steuerrecht und Privatrecht[118]).

Auf den ersten Blick besagen diese Gesichtspunkte[119]), die sich in den verschiedensten Abwandlungen durch die ganze Arbeit Liebisch's hindurchziehen, scheinbar das Gegenteil von den Grundgedanken, um deren Anerkennung sich die Anhänger der begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts stets bemüht haben. Gleichwohl wäre es nicht berechtigt, Liebisch als schroffen Gegner jeglicher Verselbständigung des Steuerrechts anzusehen und ihn etwa mit den Berichterstattern des Deutschen Anwaltsvereins auf eine Stufe zu stellen. Die nähere Betrachtung seiner Untersuchung ergibt vielmehr, daß Liebisch das Schlagwort von der Loslösung des Steuerrechts vorwiegend deshalb ablehnt, weil er weitgehend von der Selbständigkeit des Steuerrechts ausgeht[120]) und sie bereits als gesichert ansieht und in weitem Umfang sogar als selbstverständlich bezeichnet[121]).

116) aaO. S. 297.

117) Steuerrecht und Privatrecht 1933.

118) vgl. insbes. die Ausführungen im Vorwort und im Schlußwort S. 163 ff.

119) insbes. in der hier gebotenen Kürzung.

120) vgl. z. B. S. 163: „In der wissenschaftlichen Erkenntnis steht heute seine Selbständigkeit und Eigengesetzlichkeit fest.“

121) vgl. z. B. S. 15 ff.: Den Erörterungen über die wirtschaftliche Betrachtungsweise in ihrer Bedeutung für die Loslösung des Steuerrechts vom Privatrecht hafte als „Geburtsfehler“ an, daß häufig Abweichungen vom Privatrecht dort festgestellt und als Material für die fortschreitende Trennung beider Rechtsgebiete ausgewertet würden, wo in Wahrheit eine Verbindung nie bestanden habe. Insoweit könne nicht von einer Befreiung des Steuerrechts aus einer ihm wesensfremden Denkweise die Rede sein. Die Fälle, zu denen auch die Frage der Steuerpflicht bei zivilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäften zähle, müßten deshalb ausgeschieden werden. Noch deutlicher wird auf S. 21 betont, die Erkenntnis von der Fehlerhaftigkeit der meist von den Steuerpflichtigen oder ihren Beratern behaupteten Bindung ans Zivilrecht habe mit der Loslösung des Steuerrechts vom Privatrecht nichts zu tun. Sie führe lediglich zu der Feststellung, daß jegliche privatrechtliche Beurteilung des Tatbestandes bei der Frage der Besteuerung unangebracht sei. — Daß und weshalb wir auch diese Fälle in unsere strafrechtliche Untersuchung einbeziehen, haben wir bereits oben S. 5 hervorgehoben.

In der Tat ist zuzugeben, daß der Kampf um die begriffliche Befreiung des Steuerrechts dort nicht mehr nötig ist, wo die Bindung ans Zivilrecht als unzweckmäßig und deshalb unrichtig erkannt wird. Auch ist es an sich nicht zu beanstanden, wenn man den Gegensatz der beiden Rechtsgebiete, soweit er durch die fortschrittlichere Entwicklung des Steuerrechts veranlaßt ist, durch eine „Auflockerung“ des Zivilrechts zu mildern sucht[122]), indem man bestimmte, zweifellos bestehende Gemeinsamkeiten in den Vordergrund der Betrachtung stellt. Trotzdem aber können wir uns mit der grundsätzlichen Tendenz, weitgehend auch mit dem Inhalt der Arbeit Liebisch's nicht einverstanden erklären. Zunächst war und ist die Selbständigkeit des Steuerrechts keineswegs allgemein und erst recht nicht in dem von Becker-Emge-Ball umrissenen Umfang anerkannt. Das ergibt sich schon klar aus der bisherigen Darstellung der Entwicklungsgeschichte, noch besser aber aus den Ausführungen Liebisch's selbst, der die Theorie Balls ablehnt, häufig gegen Becker polemisiert, dafür aber viele Einwendungen deren Gegner, z. B. von Boethke und Lion, übernimmt, obwohl er andererseits wieder die Notwendigkeit einer Verselbständigung des Steuerrechts anerkennt. Aber selbst wenn die begriffliche Emanzipation wenigstens in grundsätzlicher Hinsicht außer Streit stünde, wäre es zunächst schon nicht überflüssig, die erst nach langen Kämpfen erreichte Gegensätzlichkeit der Betrachtungsweise als Fortschritt hervorzuheben und die Bemühungen zu schildern, denen dieser Erfolg zu verdanken ist. Denn schon die Feststellung, daß die — angeblich überholte — Bindung ans Zivilrecht falsch „war“, ist wichtig genug, um das rechtspolitisch bedingte Übergreifen der Zivilistik auf andere Gebiete zu kennzeichnen, um die auch heute noch bestehende Gefahr einer derartigen begrifflichen Vergewaltigung zu erkennen und ihr nunmehr auch auf anderen Rechtsgebieten wohl gerüstet entgegenzutreten.

Entscheidend ist aber schließlich folgende Erwägung: Auch durch die noch so starke Betonung der Gemeinsamkeit beider Rechtsgebiete, etwa in der Art, daß hier wie dort die wirtschaftliche Betrachtungsweise gelten

122) von der aber damals noch nichts zu spüren war, und mit der erst heute langsam begonnen wird.

müsse und die Begriffe nach nationalsozialistischen Gesichtspunkten auszulegen seien, wird die Grundfrage, ob das Steuerrecht sich in die begriffliche Gefolgschaft des Zivilrechts begeben oder darin beharren soll, keineswegs gelöst. Abgesehen davon, daß der fortschrittlichere Stand der Rechtsentwicklung im Steuerrecht eine derartige Abhängigkeit bedenklich und unangebracht erscheinen ließe, können die sich aus den besonderen Zielen und Zwecken der einzelnen Rechtsgebiete ergebenden Verschiedenheiten niemals, auch nicht durch eine etwaige Auflockerung des Zivilrechts ganz hinfällig werden. Schon aus diesem Grunde ist es verfehlt, den Abstand und Gegensatz der verschiedenen Betrachtungsweisen, der letzten Endes sachlich bedingt und von einer lebensnahen Praxis herausgebildet ist, durch die von Liebisch vorgeschlagene Art der Angleichung, d. h. im Ergebnis durch eine Einschränkung der spezifisch steuerrechtlichen Betrachtungsweise und ihrer begrifflichen Folgerungen verkleinern zu wollen. Zum mindesten im gegenwärtigen Stadium der Entwicklung kann die gesamte Rechtserneuerung mehr durch die Betonung der Gegensätze als durch die Hervorhebung der Gemeinsamkeiten gewinnen[123]). Erst recht gilt dies, solange die Selbständigkeit des Steuerrechts nicht in dem gebotenen Umfang und Grad anerkannt, oder, wie z. B. bei Liebisch, sogar bewußt eingeschränkt und zurückgedrängt wird. Durchaus zutreffend hat deshalb Becker mehrfach darauf hingewiesen, daß er „das Problem in anderer Beleuchtung" sehe, daß es bedenklich sei, wenn Liebisch, vom Zivilrecht ausgehend, zum mindesten unwillkürlich dazu neige, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts im Zweifel für allgemein verbindlich anzuerkennen, und daß er (Becker) — umgekehrt vom Steuerrecht herkommend — zu „einer schärferen Betonung der Unabhängigkeit des Steuerrechts" gelange[124]). Noch schärfer hält Helpenstein Liebisch entgegen, die Einheit des Rechts bestehe nicht darin, daß alles über einen Kamm geschoren werde, indem er mit Recht hervorhebt, die von Liebisch betonten Berührungspunkte der beiden Rechtsgebiete genügen nicht, um die Zweck-

123) Dies ist namentlich gegenüber der Besprechung Liebisch's durch Siebert (ArchZiv.Prax 21. Bd. — n. F. — S. 241) zu betonen. Der Vorwurf des „Trennungsdenkens", den Siebert den bisherigen Untersuchungen über die Verschiedenheiten des Steuerrechts und Zivilrechts — insoweit Liebisch folgend — macht, berührt sonderbar, wenn man bedenkt, daß gerade Siebert sich mit Erfolg bemüht, das Arbeitsrecht von der Vormundschaft des zivilistischen Vertragsdenkens zu befreien und — insoweit durchaus in Übereinstimmung mit dem Ziel unserer Arbeit — auf einem anderen Rechtsgebiet zu einem neuen rechtsinhaltlichen Denken vorzudringen (vgl. Dt. Arbeitsrecht 1937, 14 und 44 ff. mit ausführlicher Zusammenstellung des gesamten neueren Schrifttums). Das Gebot der Auslegung sämtlicher Gesetze nach nationalsozialistischer Weltanschauung, auf das Siebert hinweist, fordert geradezu die Herausarbeitung der sachlich gebotenen Verschiedenheiten der einzelnen Rechtsgebiete, die positivistische Gleichmacherei in das starre Schema zivilistischer Dogmatik zu pressen suchte.

124) vgl. StuW 1934, 299, 302, 320 ff.; DSZ 1934, 1105 ff. und Einleitung zu Blau-Oestering „Steuerrecht und BGB" S. 31 ff.

mäßigkeit oder Notwendigkeit einer Bindung des Steuerrechts ans Zivilrecht zu beweisen. Ausschlaggebend für die Anerkennung der sachlich gebotenen Abweichungen sei die „verschiedene Zielsetzung in der Erreichung der Zwecke"[125]).

Die abweichende Einstellung Liebisch's wird allerdings bis zu einem gewissen Grad dadurch gemildert, daß er sich in seiner Untersuchung über das Verhältnis des Zivil- und Steuerrechts weniger mit den für die begriffliche Emanzipation hauptsächlich in Frage kommenden, zur Umschreibung des Steuerobjekts verwendeten Begriffen beschäftigt, sondern in erster Linie mit einem ganz anderen Fragenbereich. Den Hauptgegenstand seiner Ausführungen bilden Erörterungen über „Steuerschuld, Erlöschen der Steuerschuld, Sicherheitsleistung und Steuererstattung"[126]), also Begriffe, die Merk als sog. Entsprechungsbegriffe den uns interessierenden Entlehnungsbegriffen gegenübergestellt und für die selbst Ball[127]) die Übereinstimmung mit dem Privatrecht zugegeben hat, weil sie nicht zum Steuertatbestand gehören, nicht den Gegenstand der Besteuerung umschreiben. Insoweit untersucht Liebisch also einen ganz anderen Fragenbereich, und von diesem seinem Standpunkt ist es schon eher verständlich, wenn er das Schlagwort von der Loslösung des Steuerrechts vom Privatrecht ablehnt[128]). Das alles darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß er auch bezüglich der hier hauptsächlich zu erörternden sog. Entlehnungsbegriffe die vorentscheidende Kraft des Zivilrechts weitgehend anerkennt und unter besonderer Betonung der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit insoweit eine abweichende Ansicht vertritt, der wir bereits mehrfach die Lehre von der sachlich gebotenen Verschiedenheit beider Rechtsgebiete gegenübergestellt haben.

2. Umfang und Grad dieses wesensmäßigen inneren Gegensatzes, den die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs stets betont hat, sind kurze Zeit nach dem Erscheinen der Untersuchung Liebisch's in überaus lehrreicher

125) ZAkDR 1935, 646 ff.: Einheit des Rechts und Steuerrechts: „Wir können nicht anerkennen, daß das Privatrecht die Unterlage für die restlose Ausgestaltung des Steuerrechts sein kann. Das Steuerrecht muß nach wie vor eine selbständige Rechtsdisziplin sein; denn der den Steuergesetzen und ihrer Auslegung zu gebende Inhalt ist ein anderer als der des Privatrechts und zwar dadurch hervorgerufen, daß die Zielsetzungen des einen und des anderen Rechts verschiedener Natur sind. Dadurch wird aber nicht die Rechtseinheit durchbrochen, sondern sie kann nur gewahrt werden, wenn ein Gesetz seiner Eigenart nach, seinen Vorschriften Gestaltung und Leben gibt und so dem Wirklichkeitsgeschehen Rechnung trägt." Vgl. auch Wacke „Steuerrecht und Rechtsneubau" S. 90, und die Besprechung Liebischs durch Knauth, Arch. öff. R. 1938, 250.

126) vgl. hierüber ausführlich aaO. S. 24 ff.

127) vgl. oben S. 139 zur Frage der Übertragbarkeit des § 425 BGB aufs Steuerrecht.

128) das er außerdem noch i. S. einer völligen Trennung aufgefaßt wissen will; und er hat insoweit Recht, als dieses Schlagwort zuweilen auch mißbraucht worden ist. Vgl. hiergegen auch Wirkau aaO.

Weise von Blau-Oeftering dargestellt worden[129]). Ihre Arbeit, in der sie die gesamte Steuerrechtsprechung zu den einzelnen Bestimmungen des BGB (!) zusammengetragen haben, vermittelt ein anschauliches Bild von den verschiedenen Beziehungen zwischen beiden Rechtsgebieten, und zwar sowohl hinsichtlich der Loslösung des Steuerrechts als auch seiner Übereinstimmung mit dem Privatrecht[130]). Diese neuartige und nicht nur in der grundsätzlichen Problemstellung, sondern auch in den einzelnen Ergebnissen sehr interessante Erläuterung der Bestimmungen des BGB vom Standpunkt des Steuerrechts aus, hat ihre verdiente anerkennende Würdigung gefunden in der Einleitung von E. Becker, der in geradezu mustergültiger Weise den gegenwärtigen Stand der begrifflichen Emanzipation des Steuerrechts umreißt und die für dessen Verselbständigung maßgebenden Gesichtspunkte vom heutigen Standpunkt aus so vorbildlich darstellt, daß wir in vollem Umfang auf diese grundlegenden und maßgebenden Ausführungen Bezug nehmen können. Lediglich als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Selbständigkeit des Steuerrechts — freilich erst nach vielen schweren Kämpfen und heftigen Widerständen, — vornehmlich mit Hilfe der Rechtsprechung „dem Grundsatz nach" anerkannt ist, daß ihr aber auch noch heute Gefahren drohen, wie wir sie im einzelnen bereits geschildert haben.

Diese Gefahren gilt es zu bannen, wenn die so oft betonte Vorbildlichkeit des Steuerrechts mit Erfolg für die gesamte Rechtserneuerung ausgenutzt werden soll. Sie besteht im wesentlichen darin, daß die fortschrittliche Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs die Belange der Volksgemeinschaft stärker als in anderen Gebieten berücksichtigt und namentlich durch die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise eine wirklichkeitsnahe Auslegungsmethode herausgebildet hat. Daß die Bezeichnung „wirtschaftliche Betrachtungsweise" ungenau und irreführend ist, wird heute längst anerkannt; in Wahrheit handelt es sich um eine neue Methode des Rechtsdenkens[131]), die von dem wirtschaftlichen Gehalt der Lebensvorgänge, dem besonderen Sinn und Zweck der Steuergesetze ausgeht, und sich unter betonter und weitgehender Abkehr von jeglichem Begriffsrealismus und

129) „Steuerrecht und BGB", 1934; „um das durch eine schöpferische Steuerrechtsprechung gewonnene weitreichende Material von Rechtstatsachen auch für das bürgerliche Recht fruchtbar zu machen". (Vorwort).

130) Auch sie verfolgen damit die Methode von Ball, dessen Ergebnisse so durch die Darstellung der neuesten Rechtsprechung aufschlußreich ergänzt werden. Der Grundgedanke dieser Arbeit, welche die steuerrechtliche Rechtsprechung an Hand der Bestimmungen des BGB darstellt und „nicht von Begriffen und Meinungen, sondern von den Dingen ausgeht", ist in dieser Form neu und ohne die Gegensätzlichkeit der steuerrechtlichen und zivilistischen Betrachtungsweise, insbesondere ohne die Erkenntnis von der Problematik der Bindung des Steuerrechts ans Zivilrecht, garnicht zu verstehen.

131) vgl. Giese „Neues Rechtsdenken im Steuerrecht", Reich und Länder 1937, 113 ff.

Formalismus um eine möglichst sinnvolle Erfassung der Wirklichkeit bemüht[132]). Daß diese konkrete Art des Rechtsdenkens, die von Oppen[133]) „nationalsozialistische Betrachtungsweise" und Ott[134]) „sachliche Betrachtungsweise" genannt haben, auch für alle anderen Rechtsgebiete vorbildlich ist, kann heute nicht mehr zweifelhaft sein, nachdem die Steuerrechtler, insbesondere Wacke[135]), auf die Fruchtbarkeit des Steuerrechts und seine überragende Bedeutung für den Rechtsneubau hingewiesen haben.

Dieser Hinweis ist schließlich vor allem deshalb besonders wirkungsvoll, weil die steuerrechtliche Entwicklung, die wir in großen Zügen verfolgt haben, durch das Steueranpassungsgesetz vom 17. 10. 1934[136]) anerkannt und damit der Vorsprung des Steuerrechts vor anderen Rechtsgebieten weiterhin vergrößert worden ist. Dieses Gesetz hat insbesondere die von der Rechtsprechung entwickelte begriffliche Emanzipation des Steuerrechts grundsätzlich und in vielen Einzelheiten als richtig bestätigt[137]). Das Gebot, „sich nicht in allgemeinen

132) vgl. Becker DJZ 1934, 1105 und ZAkDR 1936, 211 unter Hinweis auf Carl Schmitt Deutsches Recht 1934, 225 und die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens S. 60: „Die Rechtsfindung (Rechtsgestaltung durch die Rechtsprechung) darf nicht von einer Traumwelt blasser Begriffsbildung ausgehen." Gegen das „sprachflüssige Denken", das „Hinweggleiten über den Sachverhalt auf dem sprachlichen Schlitten der Worte" auch Popitz JW 1933 S. 22.

133) der die geschilderte Entwicklung des Steuerrechts, insbes. die wirtschaftliche Betrachtungsweise unter dem Gesichtspunkt der „Lehre vom richtigen Recht" vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus untersucht (Festschrift für R. Stammler 1936, 87, insbes. 119 ff.) und hierbei die einzelnen Bestimmungen des Steueranpassungsgesetzes berücksichtigt. Er betont insbes. den „logischen Vorrang der steuerrechtlichen Norm"; der „Gedanke einer rein privatrechtlich normierten Gemeinschaft" sei eine contradictio in adjecto. Stets stehe im Vordergrund der Betrachtung die Gemeinschaft und nicht das Individuum. Auch in der Arbeit v. Oppens, die das allgemeine Bild der steuerrechtlichen Entwicklung aufschlußreich abrundet (vgl. auch die Besprechung von Giese JW 1936, 2445) zeigt sich abermals der vorbildliche Schwung, mit dem die Steuerrechtspraxis und Steuerrechtswissenschaft sich um die Vertiefung der jetzt auch von dem Gesetzgeber aufgegriffenen Problemstellung bemühen.

134) StuW 1935 Nr. 6: Über die allgemeinen Bestimmungen des Steueranpassungsgesetzes.

135) vgl. DJZ 1936, 858: Die Fruchtbarkeit des Finanzrechts; ferner „Steuerrecht und Rechtsneubau" 1936; und DJZ 1936, 100, Die juristische Person des Steuerrechts. Der Begriff der juristischen Person sei schon jetzt im Steuerrecht restlos entbehrlich; was das Steuerrecht der Besteuerung unterwerfe, sei die wirtschaftlich auftretende konkrete Personen- oder Sachvereinigung.

136) RGBl. I S. 925; vgl. insbes. die Amtliche Begründung im Reichssteuerbl. 1934, 1388 ff.

137) vgl. u. a. die neueren Aufsätze von Becker, insbesondere StuW. 1937, 705 mit lehrreichem Rückblick auf die gesamte Entwicklung und die übrigen angeführten Schriften, die sich mit dem StAnpG. beschäftigen. Daß das Problem der „bürgerlich-rechtlichen Begriffe im Steuerrecht" immer wieder erörtert wird (vgl. z. B. Heintz, DStZ 1938 Nr 16, 17) beweist die überragende Bedeutung dieser Methodenfrage.

Begriffen zu verlieren", sondern von der Wirklichkeit auszugehen, enthält nunmehr der neue „königliche" § 1 StAnpG.[138]). Danach gilt es als elementarer Grundsatz, daß das Steuerrecht nicht die zivilrechtliche Rechtsform als solche, sondern den normalerweise dahinterstehenden wirtschaftlichen Sachverhalt der Besteuerung zugrundelegt. „Die wirtschaftliche Betrachtungsweise hat das Steuerrecht grundsätzlich von der Vorstellungswelt des Privatrechts gelöst und ihm ein eigenes Dasein geschaffen"[139]). Selbst die jetzige Regelung des Steueranpassungsgesetzes, insbesondere in den §§ 5 ff., die ein „abgewandeltes BGB" (Jahn) darstellen und weitgehend die bisher verwendeten zivilrechtlichen „Hilfsbegriffe" durch spezifisch steuergesetzliche Eigenbegriffe ersetzt haben[140]), darf deshalb nicht als abschließende Beschränkung der begrifflichen Selbständigkeit des Steuerrechts aufgefaßt werden, und zwar umsoweniger, als die Begriffe des Privatrechts noch nicht an die Grundsätze nationalsozialistischer Weltanschauung und des neuen Rechtsdenkens angepaßt sind[141]). Daß darüber hinaus dem neuen § 1 StAnpG. eine ganz besondere allgemeine Bedeutung für die gesamte Rechtserneuerung zukommt, lassen die jüngsten wissenschaftlichen Erörterungen klar erkennen[142]). Die Fortschrittlichkeit des Steuerrechts beschränkt sich nicht mehr auf das Gebiet der sinn- und zweckentsprechenden Gesetzesauslegung. Der neue Beurteilungsgrundsatz in § 1 Abs. 3 StAnpG., dessen Bedeutung neuerdings von maßgebender Stelle betont worden ist[143]), eröffnet völlig neue Wege für die Rechtsanwendung im neuen Staat und gewinnt damit für die gesamte Rechtserneuerung grundsätzliche Bedeutung. Diese Gesichtspunkte, die zur Zeit noch auf dem Gebiet des Steuerrechts lebhaft erörtert und nicht einheitlich beurteilt werden[144]), führen indeß über unsere eigentliche Problem-

138) so Becker ZAkDR aaO.; Giese JW aaO.

139) So Schikarski, DtRecht 1935, 253: Steuerrecht und Privatrecht. Sie werde nunmehr der nationalsozialistischen Weltanschauung systematisch untergeordnet und damit sichergestellt, daß auch sie nur ihre Dienerin sein darf.

140) Von den zahlreichen Einzelheiten, die in diesem Zusammenhang nicht erörtert werden können, sei lediglich § 11 StAnpG. herausgegriffen, der nunmehr die so heiß umkämpfte Lehre vom sog. „steuerrechtlichen Eigentum" durch die Anerkennung des spezifisch steuerrechtlichen Begriffs „Wirtschaftsgut" auf eine neue und feste steuergesetzliche Grundlage stellt und damit die geschilderte allgemeine Entwicklung des Steuerrechts für einen besonders beachteten Einzelfall als richtig bestätigt. Vgl. neuerdings Ott StuW 1936, 145 bis 174; Megow JW 1936, 3163: Die Steuerbeitreibung bei Verschiedenheit zwischen bürgerlich-rechtlichem Eigentum und steuerrechtlicher Zurechnung.

141 so mit Recht Ott StuW 1935, 704 ff.

142) vgl. ausführlich Wacke StuW 1936, 847 Note 19, 20 mit Nachweisungen. Die ganz alleinstehende Ansicht Engisch's (Einheit S. 90 N. 2), § 1 StAnpG. gelte nicht für die vor 1933 erlassenen Gesetze, ist mit Recht, weil unhaltbar, völlig unbeachtet geblieben. Anders z. B. RFH in DStZ 1937, 237.

143) vgl. Reinhardt DStZ 1936, 1291 ff.

144) vgl. hierüber ausführlich mit Schrifttum Wacke (StuW 1936, 833 ff.: Die Beurteilung von Tatbeständen), der einen guten Überblick über den Stand der

stellung hinaus und sind insbesondere für die Frage nach dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Strafrechts nicht mehr von unmittelbarem Interesse. Wir begnügen uns deshalb mit der Feststellung, daß die begriffliche Verselbständigung des Steuerrechts in dem bisher geschilderten Sinn heute grundsätzlich anerkannt und allgemein als vorbildlich und fortschrittlich bezeichnet wird[145]).

Zweiter Hauptteil.

Das begriffliche Verhältnis des Zivil- und Strafrechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

A. Die geschilderte steuerrechtliche Entwicklung gibt auch uns neuen Antrieb, die bisher nicht allzu ergiebige Untersuchung über das Verhältnis des Zivil- und Strafrechts wieder aufzugreifen und mit neuen, geeigneteren Mitteln weiterzuführen, nämlich mit der im Steuerrecht so nutzbringend angewandten induktiven Methode einer sorgfältigen Überprüfung der Rechtsprechung. Mögen die Gesichtspunkte, die im einzelnen für die Verselbständigung der angeblich entlehnten Begriffe in beiden Rechtsgebieten in Betracht kommen, auch verschieden sein, in grundsätzlicher Hinsicht bleibt die besondere Methode der spezifisch steuerrechtlichen Betrachtungsweise auch für die Klärung unserer strafrechtlichen Fragestellung vorbildlich. Allerdings müssen wir hier — im Gegensatz zum Steuerrecht, wo wir uns mit der Wiedergabe der grundsätzlichen Gesichtspunkte und methodologischen Ergebnisse begnügen konnten — mehr den Einzelheiten unsere Aufmerksamkeit zuwenden und desto ausführlicher die Rechtsprechung zu den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen verfolgen, die im Wege teleologischer Auslegung immer mehr aus den Fesseln gleichlautender, strafrechtsfremder Begriffe und zivilistischer Gedankengänge befreit worden sind. Nur so können wir ein ungetrübtes Bild von der Methode erhalten, mit der die Rechtsprechung aus den Bedürfnissen der Praxis heraus und bewundernswert unabhängig von theoretischen Erwägungen, wie z. B. von dem Gesichtspunkt der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts, die für sie brauchbaren und den besonderen Strafrechtszwecken entsprechenden Begriffe bildet. Dieses Ziel muß sich naturgemäß auch in der Art der Darstellung auswirken, die — unter weitgehendem Verzicht auf eine abschließende Auseinandersetzung mit den

Lehre gibt. Gegen ihn neuerdings Ott StuW 1936, 1285 bis 1316, der bereits die Ausführungen von Reinhardt (aaO.) berücksichtigt, ferner Karl Hermann Schmidt DStZ 1936, 1361 und Wacke, DR 1937, 363 N. 8 mit Schrifttum.

145) Im übrigen lassen sich die zahlreichen Auswirkungen dieses Ergebnisses nicht auf eine einheitliche Formel bringen, die für die Beurteilung unserer strafrechtlichen Fragestellung verwertet werden könnte.

hier der Rechtsprechung meist nachfolgenden Lehrmeinungen des Schrifttums[1]) — in der bisher fehlenden Zusammenfassung der Entscheidungen des RG unter dem Gesichtspunkt einer begrifflichen und dogmatischen Verselbständigung des Strafrechts ihre Hauptaufgabe erblickt und auf die wörtliche Wiedergabe der jeweiligen Begründung bewußt Wert legt. Die überraschende Planmäßigkeit der Methode tritt so am deutlichsten in Erscheinung. Daß sie nicht überall, nicht gleichzeitig früh oder spät, nicht stets in demselben Umfang sich durchsetzen konnte, daß sich ihr hier und da besondere Schwierigkeiten entgegenstellten und auch Rückschläge in diesem Emanzipationsprozeß eintraten, wo sie am wenigsten zu erwarten waren, das ist bei einer Entwicklung, die sich über ein halbes Jahrhundert hinzieht und mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit der strafrechtlichen Tatbestände nur zu verständlich. Aber gerade auch diese Irrwege werden für uns besonders lehrreich und für die Darstellung der Entwicklung des Kampfes um die begriffliche Befreiung des Strafrechts innerhalb der Rechtsprechung unentbehrlich sein.

Bei erster Betrachtung scheint es so, als ob die Zahl der für eine solche Untersuchung in Betracht kommenden Tatbestandsmerkmale nur gering wäre; und es ist nicht zu verkennen, daß das StGB schon weitgehend seine eigenen Begriffe ausgebildet und sie teilweise sogar durch eine abweichende Bezeichnung auch äußerlich als solche kenntlich gemacht hat. Gerade deshalb aber dürfte die Zahl derjenigen Fälle, bei denen sich eine begriffliche Emanzipation als notwendig feststellen läßt, als relativ groß zu bezeichnen und die Bedeutung dieser methodischen Beispiele um so höher zu bewerten sein. Sehr häufig erweist sich das der zivilistischen Rüstkammer entnommene Begriffswerkzeug für die Erreichung der besonderen Ziele und Zwecke des Strafrechts als ungeeignet; überall setzt sich die jeweilige konkrete Ordnung der Wirklichkeit durch und drängt die sie in das Schema abstrakter Begriffe einzwängende juristische Konstruktion und formale Rechtsgestaltung zurück. Das zeigt sich vor allem bei den zur Beschreibung der Tatbestände des Besonderen Teils verwendeten Merkmalen, die — in ihrer zivilistischen Bedeutung aufgefaßt — die für die strafrechtliche Beurteilung entscheidenden Gesichtspunkte häufig garnicht zum Ausdruck bringen können und gerade dort, wo es in besonderem Maße auf eine wesensmäßige Erfassung der Wirklichkeit ankommt, der gröbsten „Verrechtlichungen" entkleidet und in einem von dem juristisch-technischen abweichenden, natürlicheren Sinn aufgefaßt werden müssen. So verdrängt z. B. bei dem Verlöbnis das sittlich-ethische Element die besonders auf strafrechtlichem Gebiet nichtssagende Kennzeichnung der Verlobung als eines Vertrags i. S. des BGB; bei der Verwandtschaft ist die natürliche Abstammung entscheidend, wirtschaftlich-

1) das, soweit es sich um grundsätzliche Gesichtspunkte handelt, im ersten Hauptteil berücksichtigt worden ist.

tatsächliche Gesichtspunkte bestimmten den strafrechtlichen Begriff des Vermögens, und jedenfalls andere als zivilrechtliche Erwägungen über Vollmacht und Auftrag müssen herangezogen werden, um das Wesen des Treubruchs sinnfällig darzustellen. Überall gilt es, wenigstens in strafrechtlicher Beziehung, die Dinge lebenswahrer zu sehen, statt das Recht von außen her mit begrifflichen Formeln an sie heranzutragen. Deshalb ist auch die von Binding[2]) vereinzelt betonte Erkenntnis von der sog. „realistischeren Natur des Strafrechts" allgemein von grundsätzlicher Bedeutung. Nicht einmal vor den schärfer abgeschliffenen Begriffen des Allgemeinen Teils darf ihre Auswirkung Halt machen, wie die folgenden Untersuchungen, z. B. über den Einfluß der Einwilligung, der Rückwirkung, der Begründung der Strafbarkeit der Unterlassung u. a., hinreichend beweisen und wie sich ohne weiteres aus der Erwägung ergibt, daß es sich um eine Methodenfrage handelt, die für die Art des rechtlichen, d. h. hier des spezifisch-strafrechtlichen Denkens, schlechthin entscheidend ist. Besonders lehrreich wird in dieser Hinsicht die Frage nach der strafrechtlichen Auswirkung der zivilrechtlichen Nichtigkeit strafbegründender Rechtsverhältnisse sein, die wir schon im Steuerrecht als Prüfstein für die Richtigkeit und Notwendigkeit einer autonomen, vom privatrechtlichen Vertragsdenken unabhängigen Betrachtungsweise kennen gelernt haben. Daß wir uns bemühen müssen, die Unzulässigkeit des zivilrechtlichen Denkens in möglichst weitgehendem Umfang aufzuzeigen[3]), entspricht der gestellten Aufgabe und erscheint auch im Hinblick auf die grundsätzliche Gegnerschaft angebracht, die unsere Ergebnisse — jedenfalls nach dem derzeitigen Stand der Rechtslehre — zu erwarten haben. Da es sich darum handelt, allgemein die Gefährlichkeit einer Zivilisierung des Strafrechts aufzuzeigen, müssen und dürfen andererseits auch solche Fälle in den Kreis der Untersuchung einbezogen werden, bei denen die Unzulässigkeit dieser Methode heute nicht mehr bestritten ist. Selbst diejenigen Fälle, bei denen ein derartiger Versuch von Anfang an verfehlt war oder alsbald ohne Mühe zurückgewiesen wurde, sind für uns wichtig; beweisen sie doch erst recht die anmaßende Einstellung der früher übermächtigen zivilistischen Doktrin, die sich überall und auch hier — insoweit allerdings vergeblich — um die Anerkennung ihres Herrschaftsanspruchs bemühte.

Mit dieser Vorausschau haben wir bereits das wichtigste Ergebnis der folgenden Untersuchungen vorweg genommen, nämlich die — sich aus zahlreichen Einzelfällen ergebende — Bestätigung der grundsätzlichen Richtigkeit der Leitsätze, die wir unserer Arbeit als Vorspruch vorangestellt haben: Die begriffliche und dogmatische Bindung des strafrechtlichen

2) vgl. oben S. 20.

3) und zwar auch dort, wo die Abweichung vom Zivilrecht im Ergebnis nur geringfügig ist, — obwohl alle Begriffe in diesem Zusammenhang die Bedeutung methodischer Beispiele haben.

Denkens an die ziviliſtiſche Betrachtungsweiſe ſtellt eine Feſſel dar, aus der das Strafrecht ſich befreien muß und von der ſich eine teleologiſche Rechtſprechung durch ausdehnende Auslegung der einzelnen Tatbeſtandsmerkmale ſchon weitgehend losgeſagt hat. Die zahlreichen einzelnen Anſätze zu einer dem beſonderen Sinn und Zweck des Strafrechts gerecht werdenden, keineswegs dem Täter nur ungünſtigen, Auslegungsmethodik gilt es nun zu einem ſpezifiſch ſtrafrechtlichen Rechtsdenken zuſammenzufaſſen und zu vertiefen[4]). Neben der Darſtellung des Umfangs der ſtrafrechtlichen Emanzipation verdient die Frage beſondere Beachtung, aus welchen Gründen und mit welchen Mitteln die begriffliche Befreiung gelungen oder noch zu erringen iſt; und ebenſo wichtig erſcheint eine Klarſtellung, ob es ſich bei der Anerkennung der Abweichungen vom Zivilrecht lediglich um Auswirkungen der ſog. allgemeinen Relativität an ſich allgemeingültiger Begriffe oder um die Ausbildung ſelbſtändiger, ſpezifiſch ſtrafrechtlicher Begriffe handelt. Alle dieſe Geſichtspunkte erfordern eine ſorgfältige Auswertung des reichsgerichtlichen Entſcheidungsmaterials, und wenn auch die Urteilsbegründung jeweils nur auf einen beſtimmten Fall zugeſchnitten iſt und nicht vorſchnell i. S. eines Lehrſatzes verallgemeinert werden darf, ſo erſcheint es doch als lohnende Aufgabe, aus der Vielzahl der Entſcheidungen Richtlinien und grundſätzliche Erkenntniſſe für die Art und Anwendung einer beſonderen Auslegungsmethode herzuleiten zu verſuchen und dabei über die Feſtſtellung hinauszukommen, daß es ſich um eine ſinngemäße Auslegung nach dem Grundgedanken des Geſetzes handelt. In dieſer Unterſuchung liegt nicht nur unſer Beitrag zur Erläuterung des im neuen StGB geſetzlich anerkannten Grundſatzes der teleologiſchen Betrachtungsweiſe, ſondern gleichzeitig auch ein Ausblick auf die Grenzen der neu zugelaſſenen Rechtsſchöpfung, die grundſätzlich nicht zur Löſung unſerer Frageſtellung mißbraucht werden darf, wenn die Erkenntnis von der Notwendigkeit einer in jahrzehntelanger Rechtſprechung erarbeiteten ſpezifiſch ſtrafrechtlichen Begriffsbildungs- und Auslegungsmethodik nicht getrübt und die Handhabung dieſer ſo wichtigen Geſetzesbeſtimmung nicht von Anfang an in falſche Bahnen gedrängt werden ſoll.

Dabei müſſen wir uns allerdings darüber klar ſein, daß ſich das Geſamtergebnis nicht auf eine einheitliche — es ſei denn nichtsſagende — Formel bringen läßt. Das haben wir bereits bei der Erörterung des Verſuchs, beſtimmte Gruppen von einheitlich zu beurteilenden Straftatbeſtänden zu bilden, feſtgeſtellt[5]), und dieſe Erkenntnis wird durch die

4) Die Selbſtändigkeit dieſer Betrachtungsweiſe wird ſich in doppelter Hinſicht auswirken: in der Möglichkeit, ſtrafrechtliche Tatbeſtandsmerkmale als gegeben anzuſehen, obwohl ihre zivilrechtlichen Vorausſetzungen nicht vorliegen, ihnen andererſeits trotz ihrer ziviliſtiſchen „Salonfähigkeit“ die ſtrafrechtliche Anerkennung zu verſagen.

5) Vgl. oben S. 91.

folgenden Ausführungen in vollem Umfange beſtätigt. Auch eine Unterſcheidung je nach der Stellung der einzelnen Begriffe innerhalb des geſetzlichen Tatbeſtandes, nach der Art ihrer Verwendung, ſei es zur Typiſierung des Täters, zur Bezeichnung des Handlungsobjekts oder zur Beſchreibung der Handlung und ihrer Modalitäten, erſcheint nicht geeignet, richtige, allgemeingültige Erkenntniſſe zu vermitteln, wenngleich nicht zu verkennen iſt, daß eine derartige, verfeinerte Frageſtellung immerhin einen Fortſchritt bedeutet. Dasſelbe gilt für die Einteilung nach der Art der Begriffe, nach ihrer — i. S. der bisher üblichen Ausdrucksweiſe — mehr tatſächlichen oder ſpezifiſch-rechtlichen Natur, eine Unterſcheidung, die im folgenden lediglich aus Ordnungsgründen verwendet, ſich aber trotz ihrer urſprünglichen großen Bedeutung für die Ermöglichung der ſpezifiſch-ſtrafrechtlichen Betrachtungsweiſe als für die abſchließende Beurteilung der Entwicklung nicht brauchbar herausſtellen wird. Neben dem Ausblick auf das ſpäter im Zuſammenhang darzuſtellende neue StGB erſcheint auch die Berückſichtigung der Irrtumsrechtſprechung angebracht, die wir früher bereits i. S. einer Beſtätigung der Theorie von der Selbſtändigkeit der ſtrafrechtlichen Begriffe als auch für dieſe Unterſuchung verwertbar erkannt haben. Der abſchließende Geſichtspunkt aber liegt in der Feſtſtellung, daß die zahlreichen Einzelbegriffe überwiegend „rechtlich normativer Art“ durch die Emanzipation des Strafrechts i. S. einer größeren Volkstümlichkeit, einer natürlicheren Auffaſſung „umgeformt“, damit für die beſonderen Zwecke des Strafrechts brauchbarer geſtaltet worden ſind und, wenn nicht alles trügt, wenigſtens zum Teil auch für die Erneuerung der gleichlautenden Begriffe in anderen Rechtsgebieten als vorbildlich herangezogen werden können.

B. Die Emanzipation der ſtrafrechtlichen Tatbeſtandsmerkmale des Beſonderen Teils.

I. Geſetzliche Anhaltspunkte für die Verſelbſtändigung der Begriffe.

Die nun folgenden Einzeluntersuchungen über die Emanzipation ſtrafrechtlicher Tatbeſtandsmerkmale des Beſonderen Teils beginnen wir zweckmäßigerweiſe mit denjenigen ſeltenen Fällen, bei denen für die begriffliche Verſelbſtändigung des Strafrechts gewiſſe *geſetzliche Anhaltspunkte* vorhanden und die deshalb einer Emanzipation am eheſten zugänglich ſind; ſei es, weil eine beſondere ſtrafrechtliche Inhaltsumſchreibung die Selbſtändigkeit des Begriffs erkennen läßt, ſei es, weil die in anderen Geſetzen vorkommenden Begriffsbeſtimmungen, wie z. B. § 90 BGB, ihre Geltung ausdrücklich auf das Anwendungsgebiet des betreffenden Geſetzes beſchränken und ſo ebenfalls der voreiligen Annahme einer Allgemeingültigkeit ſcheinbar entlehnter Rechtsbegriffe entgegenſtehen. Zu den Fällen der zuerſt erwähnten Art gehören insbeſon-

dere die Begriffe „Angehörige" und „Beamter", die in den §§ 52 Abs. 2, 359 StGB selbständig umschrieben und auch hier zuerst zu erörtern sind. Gerade sie geben — um naheliegenden Mißverständnissen vorzubeugen — Anlaß, auf einen besonderen, grundsätzlich wichtigen Gesichtspunkt hinzuweisen: Bei den gesetzlichen Definitionen strafrechtlicher Begriffe ist jeweils zu unterscheiden zwischen dem selbständig umschriebenen Oberbegriff, z. B. der Angehörigen, des Beamten u. a. und den seiner Inhaltsbestimmung dienenden Unterbegriffen, von denen z. B. die in § 52 Abs. 2 StGB aufgeführten familienrechtlichen Begriffe der Verwandtschaft, Schwägerschaft, Pflegkindschaft, des Verlöbnisses u. a. und in § 359 StGB das Tatbestandsmerkmal der „Anstellung" am meisten bekannt sind. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die spezifisch-strafrechtliche Umschreibung des Oberbegriffs auch durch die Verwendung zivilrechtlicher Unterbegriffe erfolgen kann. So selbstverständlich es deshalb ist, daß das StGB bei der selbständigen Inhaltsbestimmung einzelner Tatbestandsmerkmale von der Bedeutung gleichlautender Begriffe in anderen Rechtsgebieten abweichen kann und auch tatsächsich abweicht[1]), so wenig ist damit für die ganz andere und schwierigere Frage gewonnen, nach welchen Gesichtspunkten die sog. Unterbegriffe auszulegen sind. Diese Frage aber ist deshalb so wichtig, weil — wie sich alsbald ergeben wird, — die Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffe weniger auf die Tatsache ihrer besonderen Umschreibung zurückzuführen ist als vielmehr auf einer spezifisch strafrechtlichen Auslegung der Unterbegriffe beruht, für deren Zulässigkeit die ausdrückliche Definition des Oberbegriffs ohne entscheidende Bedeutung ist[2]). Das gilt in gleicher Weise z. B. für das Tatbestandsmerkmal der „Anstellung" innerhalb des Beamtenbegriffs des § 359 StGB wie für die familienrechtlichen Begriffe der Verwandtschaft, Schwägerschaft, des Verlöbnisses usw. im Rahmen des Angehörigenbegriffs, sodaß wir insoweit der Lösung unserer Fragestellung scheinbar wenig näher gekommen und auch hier vorwiegend auf andere als gesetzliche Anhaltspunkte angewiesen sind.

1. Eine Ausnahme von dieser Regel bildet, wie bereits erwähnt, der Artikel 33 EGBGB, der wenigstens für die Begriffe „Verwandtschaft und Schwägerschaft" die Möglichkeit einer von ihrer zivilrechtlichen Bedeutung abweichenden Betrachtungsweise so gut wie ausdrücklich anerkannt hat. Die grundsätzliche Bedeutung dieser Vorschrift,

1) z. B. von dem Angehörigenbegriff des Steuerrechts; vgl. ausführlich hierüber Meeske, Betrachtungen zum Angehörigenbegriff DDJ 1936, 621 und RG 60, 247; andererseits wird mangels sonstiger Anhaltspunkte die strafrechtliche Begriffsbestimmung gern auf andere Gebiete übertragen, vgl. z. B. Angehörige i. S. des § 530 BGB.

2) Sie könnte selbst bei äußerlich gleicher Umschreibung zu einer verschiedenen Inhaltsbestimmung des Angehörigenbegriffs in den einzelnen Rechtsgebieten führen.

die in der Tat einen wichtigen gesetzlichen Anhaltspunkt für die begriffliche Emanzipation des Strafrechts darstellt, haben wir bereits früher geschildert[3]), und es gilt nun, diese Ausführungen durch die noch fehlenden Einzelheiten zu ergänzen und abzuschließen, gleichzeitig den methodologisch „vorteilhaften Einfluß" des Art. 33 EG nochmals zu unterstreichen. Hierzu besteht um so mehr Anlaß, als die Verselbständigung der familienrechtlichen Begriffe innerhalb des § 52 Abs. 2 StGB durchweg verkannt und die Bedeutung der strafrechtlichen Begriffsbestimmung falsch gewürdigt wird. Das beweisen sehr deutlich die Ausführungen Gerlands[4]), den wir auch hier als typischen Vertreter des der Emanzipation strafrechtlicher Begriffe verständnislos und ablehnend gegenüberstehenden Schrifttums herausgreifen. Gerland schickt der so aufschlußreichen Rechtsprechung zu § 52 Abs. 2 StGB die erstaunliche Bemerkung voraus, die Begriffe seien, „im allgemeinen nach BGB zu bestimmen", und er bringt anschließend ohne inneren Zusammenhang die von der Rechtsprechung entwickelten hiervon erheblich abweichenden Grundsätze als Ausnahmen, ohne zu untersuchen, ob es sich hier — wie auch sonst oft — gar nicht um Ausnahmen, sondern um Beispiele einer besonderen strafrechtlichen Betrachtungsweise und Auslegungsmethodik handelt. Gegenüber dieser — für die Anhänger des zivilistischen Denkens im Strafrecht kennzeichnenden — Art der Darstellung, in der sich die Verschiedenheit der grundsätzlichen Einstellung besonders deutlich offenbart, muß die Auffassung Franks[5]) immerhin als Fortschritt anerkannt werden. Denn er wirft, obwohl er sonst ebenfalls die Bindung ans Zivilrecht bejaht, hier wenigstens die grundsätzliche Frage nach ihrer Zweckmäßigkeit auf und neigt einer „freieren Interpretation zu", da zur Zeit des Erlasses des StGB ein einheitliches Landesprivatrecht noch gefehlt habe, die erwähnten Verhältnisse „nicht einmal überall rechtlich fixiert" gewesen seien, und da es vom Standpunkt des Strafrechts darauf ankomme, „die Personen der Affektion zu bestimmen"[6]).

Die Erkenntnis von der Notwendigkeit einer spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise, deren Existenz häufig nicht einmal bekannt oder meistens geleugnet wird, leidet also erfahrungsgemäß sehr unter der Behandlung der Einzelfälle als besonders gelagerter Ausnahmen. Deshalb muß gerade hinsichtlich der Begriffe „Verwandtschaft und Schwägerschaft", bei denen man sich an die Feststellung gewisser Abweichungen vom BGB immerhin gewöhnt hat, umso nachdrücklicher darauf hingewiesen werden, daß es sich um ein methodologisches Problem von allgemeiner Bedeutung,

3) vgl. oben S. 31.

4) Strafrecht S. 152 zu § 52 Abs. 2.

5) zu § 52 Note IV S. 157/158.

6) Auf diesen entscheidenden spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkt, neben dem die positivistische Krücke des Art. 33 EG entbehrlich ist, werden wir noch ausführlich zurückkommen.

um die Anerkennung der grundsätzlichen Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung handelt, wie dies für die Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft von der Rechtsprechung des RG stets betont worden und in Hinblick auf Art. 33 EG auch nicht zu bestreiten ist. Deshalb geht es auch nicht an, die Bedeutung dieser Frage lediglich nach dem Umfang und Grad der im Ergebnis festzustellenden Abweichungen vom zivilrechtlichen Denken zu beurteilen.

a) Derartige Emanzipationsbestrebungen zeigen sich zunächst in der Anerkennung der strafrechtlichen Verwandtschaft und Schwägerschaft, auch soweit diese durch uneheliche Geburt vermittelt wird. Dies hatte bereits RG 2, 240 mit der bemerkenswerten Begründung anerkannt, daß eine Bindung ans Zivilrecht mit der erstrebten Einheit auf strafrechtlichem Gebiet nicht vereinbar sei, und daß der Grundgedanke des § 173, nämlich die Reinhaltung der Blutsgemeinschaft, eine unterschiedliche Behandlung der durch uneheliche Geburt vermittelten Schwägerschaft oder Verwandtschaft verbiete. Strafrechtlich begründet es also keinen Unterschied, ob die Verwandtschaft oder Schwägerschaft auf ehelicher oder unehelicher Abstammung beruht. An diesem Grundsatz, der auch von den Motiven zum EGBGB[7]) als richtig bestätigt wurde, hat die Rechtsprechung seitdem ständig festgehalten, und zwar nicht nur für die einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils, sondern für das Anwendungsgebiet des StGB schlechthin[8]). Schon deshalb ist § 1589 Abs. 2 BGB, wonach der uneheliche Erzeuger mit dem Kind als nicht verwandt gilt, auf strafrechtliches Gebiet nicht übertragbar[9]). Umgekehrt kommt dem § 1591 BGB, nach dem ein Kind, das — in Wirklichkeit nicht blutsverwandt — infolge Versäumnis der Anfechtungsfrist als eheliches anzusehen ist, für die strafrechtliche Beurteilung keine Bedeutung zu, insbesondere dann nicht, wenn es sich um die Berücksichtigung des natürlichen Elternverhältnisses handelt[10]). Ebenso ist die Frage, ob und in welchem Umfang andere Personen als die leiblichen Eltern als „Eltern" i. S. der Bestimmungen des StGB, z. B. der §§ 181 Nr. 2, 182 Abs. 2, 235 u. a., aufzufassen sind, ohne Bindung an zivilrechtliche Erwägungen nach den gesetzgeberischen Grundgedanken der jeweils in Betracht kommenden Strafvorschriften selbständig zu beurteilen[11]). Deshalb wird auch das für eine Strafschärfung gemäß § 181 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Eltern-Kindesverhältnis durch den Verlust der sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte gemäß § 1701 BGB nicht berührt, da auch hier die tatsächliche Abstammung, die natürliche Verwandtschaft entscheidend ist[12]). Überall kann so, nachdem die grundsätzliche Unabhängigkeit des strafrechtlichen Verwandtschaftsbegriffs anerkannt ist, das Bedürfnis nach einer jeweils mehr oder weniger einschneidenden Loslösung des Strafrechts von zivilrechtlichen Gedankengängen leicht in dem von den besonderen Zwecken des Strafgesetzes erforderten Maße befriedigt werden.

b) Mag in den vorerwähnten Fällen die Belanglosigkeit zivilrechtlicher Bestimmungen für die strafrechtliche Beurteilung eigentlich selbstverständlich sein und wohl kaum Widerspruch erfahren, so zeigt sich bei dem strafrechtlichen Begriff der Schwägerschaft die Tendenz zu einer weiteren Loslösung vom Zivilrecht, die jedenfalls dann erheblich stärker ins Gewicht fällt, wenn man nicht nur auf das praktische Endergebnis sieht, sondern die Methodenfrage in den Vordergrund stellt. Der strafrechtliche Begriff der Schwägerschaft weicht nämlich nicht nur, wie man annehmen könnte, insofern vom BGB ab, als er von dem der Verwandtschaft abhängig und deshalb auch bei unehelicher Abstammung zu bejahen ist; vielmehr machen sich auch hinsichtlich der weiteren rechtlichen Voraussetzung, nämlich der die Schwägerschaft vermittelnden Ehe, Verselbständigungsbestrebungen bemerkbar, die — obwohl praktisch weniger auffällig — in grundsätzlicher Hinsicht erhöhte Bedeutung gewinnen, weil die Ehe, wie man in diesem Zusammenhang gern betont, „ein ausschließlich zivilrechtliches Institut" ist. Es handelt sich um den Einfluß der zivilrechtlichen Nichtigkeit der Ehe auf die strafrechtliche Beurteilung entsprechender Lebensverhältnisse. Nun ist die Bedeutung der Ehenichtigkeit schon auf zivilrechtlichem Gebiet sehr bestritten, und erst neuerdings hat Siebert[13]) die Bedenklichkeit der Auffassung des zivilrechtlichen Gesetzgebers, der die Ehe als Rechtsgeschäft, als Vertrag, ansieht und sie „an sich" den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB unterstellt, überzeugend dargelegt[14]) und nachgewiesen, daß die wenigen Besonderheiten im Sinne einer Abweichung von den Regeln des Allgemeinen Teils,

7) S. 69; vgl. RG 34, 420.

8) vgl. RG 16, 49; 34, 418; 43, 303; 60, 247; 68, 366; GA 52, 89 u. a., insbes. zu den §§ 173, 181 Nr. 2 StGB.

29) RG 41, 115 und 303; 60, 247; GA 52, 89; 61, 510 u. a., ohne daß dieses Ergebnis aus dem Wesen des § 1589 Abs. 2 BGB als einer Fiktion hergeleitet zu werden brauchte, die sogar zivilrechtlich durch § 1310 Abs. 3 BGB durchbrochen ist und strafrechtlich überhaupt keine Bedeutung beanspruchen darf. Vgl. darüber unten S. 252.

10) RG 68, 366; über diese grundsätzliche wichtige Entscheidung vgl. unten S. 193; dazu neuerdings RG JW 1938, 1315 mit Rspr.

11) RG 48, 198: weil der Begriff der Verwandtschaft, der auch die Eltern umfaßt, ein selbständiger, spezifisch strafrechtlicher und deshalb vom BGB unabhängig ist. Vgl. ferner RG 62, 115 zu § 181 Nr. 2; KG DStrR 1937, 169 zu § 182 Abs. 2 StGB.

12) GA 61, 510.

13) DRWiss. 1936, 212 bis 217, auf dessen Darstellung im einzelnen hier verwiesen wird.

14) vgl. auch treffend Müller-Erzbach 1932, S. 115: „Solche formalen Kennzeichnungen verschließen unseren Blick mehr, als daß sie ihn erweitern. Sie sind ebenso unfruchtbar wie das Unternehmen Kelsens, den Begriff des Rechts und alle anderen Rechtsbegriffe von den Elementen des Seins und des Zwecks zu lösen. Was zurückbleibt, ist Begriffsspreu, toter Staub, dem Seele und Leib genommen sind."

zu denen auch die Behandlung der Nichtigkeit gehört, verkümmerte, aber wichtige Ansätze zu einer wesensentsprechenden rechtlichen Behandlung der Ehe darstellen. Dieser „schwerwiegende Fehler" der zivilrechtlichen Regelung — gleichzeitig aber auch seine teilweise Wiedergutmachung — mußte sich auch strafrechtlich auswirken; denn auch hier taucht die Frage auf, ob die „nichtige" = vernichtbare Ehe gültig oder nichtig ist und ob die Nichtigkeitserklärung zurückwirkt[15]). Obwohl die besondere zivilrechtliche Regelung der Nichtigkeit schon eher eine Anlehnung ans Privatrecht ermöglicht hätte, ist die Rechtsprechung in Strafsachen auch hier selbständig vorgegangen und hat nach anfänglichem Schwanken[16]) anerkannt, daß eine im zivilrechtlichen Sinne nichtige Ehe zur Begründung eines Schwägerschaftsverhältnisses im strafrechtlichen Sinn genügt. Die grundsätzliche Bedeutung dieser Rechtsprechung, deren Ergebnis von den Anhängern des zivilrechtlichen Denkens im Strafrecht ohne weiteres aus der Erwägung gebilligt wird, daß schon das BGB eine solche Ehe als zunächst gültig behandle, beruht — vom Standpunkt unserer Fragestellung aus gesehen — auf der Abweichung von der Stellungnahme der Zivilsenate, die entsprechend der reinen Vertragstheorie und abweichend von der vorerwähnten herrschenden Meinung des zivilrechtlichen Schrifttums[17]) an der ursprünglichen Nichtigkeit der „nichtigen" Ehe festgehalten haben[18]). Diese uns gerade interessierende Verschiedenheit der Betrachtungsweise auf strafrechtlichem und zivilrechtlichem Gebiet kommt auch in der Begründung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung klar zum Ausdruck:

„Schwägerschaft setzt eine von der Rechtsordnung als wirksam anerkannte Ehe voraus. Ob jedoch einer Ehe die Wirkung zukommt, daß sie eine Verschwägerung zwischen dem einen Ehegatten und den Verwandten des anderen herbeiführt, braucht für das Strafrecht nicht notwendig nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts entschieden zu werden, und in der Tat sieht Art. 33 EGBGB gerade dem Strafrecht gegenüber davon ab, es an die Vorschriften des BGB über Verwandschaft und Schwägerschaft zu binden, während für das Strafverfahren insoweit das bürgerliche Gesetzbuch Anwendung zu finden hat. (RG 41,113; 56,427) . . . Nach Art. 33 EGBGB hängt die Richtigkeit dieser Auslegung dieses Strafgesetzes (daß für das Gebiet des Strafrechts eine formgerecht abgeschlossene, wenngleich sachlich sogar nichtige Ehe zur Begründung eines Schwägerschaftsverhältnisses

15) über diese letztere Frage vgl. unten S. 253.

16) vgl. z. B. RG RSpr. 5, 188: Aus einer nichtigen Ehe könne ein Angehörigenverhältnis und damit auch eine Schwägerschaft nicht abgeleitet werden; aufgegeben durch RG 41, 414.

17) vgl. ausführlich Siebert aaO. S. 213.

18) vgl. RGZ 88, 328: „Die Nichtigkeit besteht von Anfang an und wird durch das sie aussprechende Urteil nur festgestellt, nicht erst begründet". Anders die herrschende Meinung, vgl. Siebert aaO. S. 214, jedoch auch Frank zu § 172 I: „Das BGB beruht auf dem Gedanken, daß die nichtige Ehe als nicht (!) geschlossen gilt".

genüge) nicht davon ab, ob sie sich begrifflich und in ihren Folgerungen überall mit dem deckt, was dem BGB über die Wirkungen einer anfechtbaren oder vernichtbaren Ehe zu entnehmen ist." RG 60, 247[19])

Ohne die abweichende Stellungnahme der Zivilsenate, die für das RG in zivilrechtlicher Hinsicht maßgebend waren, hätte offensichtlich kein Anlaß bestanden, die Selbständigkeit der strafrechtlichen Auslegungsmethodik so nachdrücklich zu betonen, und gerade wegen der Anerkennung der grundsätzlichen Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung ist die Begründung in methodologischer Hinsicht für uns so aufschlußreich. Sie wird auch durch die keineswegs zwingende Hilfserwägung, daß an das für eine Verschwägerung vorauszusetzende Ehegattenverhältnis vom Strafgesetz „im formal-rechtlichen Sinne" keine strengeren Anforderungen gestellt werden dürften als vom BGB, nur wenig beeinträchtigt. Wohl aber enthält die aus dem StGB selbst, nämlich aus § 171, hergeleitete Beweisführung, daß

„der Strafgesetzgeber für den Umfang seines Gebiets (!) den formgerechten Abschluß einer Ehe, mag sie auch sachlich sogar nichtig sein (!), als hinreichend für die Begründung der an ihr Bestehen geknüpften Wirkungen betrachtet."[20])

eine Bestätigung der grundsätzlichen Selbständigkeit dieser besonderen strafrechtlichen Betrachtungsweise, die nicht nur für die ein Schwägerschaftsverhältnis begründende Ehe, sondern ganz allgemein für die Feststellung eines Ehegattenverhältnisses strafrechtlich von Bedeutung ist. Wir werden später noch bei der Erörterung der strafrechtlichen Auswirkungen der zivilrechtlichen Nichtigkeit darlegen, daß die Loslösung von zivilrechtlichen Gedankengängen größer ist, als sie im Hinblick auf die hier vorliegende Sonderregelung der Ehenichtigkeit im BGB erscheint, daß sich das Strafrecht darüber hinaus sehr oft mit der tatsächlichen Einnahme einer Rechtsstellung begnügt und sich damit — wenig bemerkt, aber unverkennbar — insoweit vom zivilrechtlichen Vertragsdenken freigemacht hat[21]).

19) Über Streitfragen im einzelnen vgl. Riezler, Rechtswirkungen der bigamischen Ehe, Iherings Jahrbücher 66, 475 ff. und Genzmer, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1922/23 S. 414: Die Grenzen für die rückwirkende Kraft der Ehevernichtung im Privatrecht und im öffentlichen Recht.

20) so RG 56, 428; 61, 199; für das gesamte Gebiet des Strafrechts, z. B. für die §§ 52 Abs. 2, 247 Abs. 2, 263 Abs. 4 u. a.

21) Bereits früher haben wir uns in anderem Zusammenhang (oben S. 93) zu der Auffassung bekannt, daß selbst bei Vorliegen einer absolut nichtigen (Nicht-) Ehe die strafschärfenden oder privilegierenden Voraussetzungen der §§ 181 Nr. 2, 247 Abs. 2 StGB als strafrechtlich gegeben angesehen werden können, wenn eine tatsächliche Ehegemeinschaft besteht, und zwar unabhängig von dem Ablauf der dreijährigen Frist des § 1324 Abs. 2 BGB. Auch hierin zeigt sich die Notwendigkeit einer möglichst weitgehend von zivilrechtlichen Erwägungen unabhängigen strafrechtlichen Betrachtungsweise; vgl. auch den umgekehrten Fall: § 181 Nr. 2 StGB ist nicht anwendbar, wenn trotz zivilrechtlich vollgültiger Ehe die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist; so Olshausen zu § 181 N. 2 S. 811.

Diese Emanzipation des Strafrechts kommt besonders deutlich zum Ausdruck bei der strafrechtlichen Entscheidung der Frage, ob trotz Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod das durch sie begründete Schwägerschaftsverhältnis fortbesteht. Auch diese Frage wird bekanntlich in ständiger Rechtsprechung zu den §§ 52 Abs. 2, 173 Abs. 2 StGB bejaht[22]), und für die Anhänger des zivilistischen Denkens im Strafrecht liegt nichts näher, als diesen Grundsatz aus § 1590 Abs. 2 BGB herzuleiten und jedenfalls insoweit unsere Ansicht von der Selbständigkeit des Strafrechts zu bekämpfen. Aber genau die entgegengesetzte Folgerung ist von der Rechtsprechung gezogen worden:

> *„So wenig dieser Inhalt der Strafbestimmungen durch Vorschriften der bis zum 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Zivilrechte bedingt war, so wenig konnte darin eine Hinweisung auf Vorschriften gefunden werden, an deren Stelle gegenwärtig die entsprechenden Vorschriften des BGB getreten sind. War hiernach Art. 4 EGBGB nicht (!) anzuwenden, so vermochte der Senat dem Umstand, daß § 1590 Abs. 2 BGB gegenwärtig verordnet: „Die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist", nicht die Bedeutung beizumessen, daß nunmehr die Entscheidung darüber, ob die Anwendung des § 173 in den hier vorausgesetzten Fällen auch nach Auflösung der Ehe zutrifft, dem BGB zu entnehmen ist, sondern nur die, daß damit für diejenigen Fälle, in denen die Schwägerschaft nach dem BGB zivilrechtliche Bedeutung hat (!), dasselbe ausgesprochen ist, was schon vorher bei Anwendung des § 173 StGB Rechtsnorm gewesen ist": RG 34,420[23])*

Deutlicher kann die grundsätzliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Strafrechts, die — wie das RG nicht zu erwähnen unterläßt — auch durch Art. 33 EG bestätigt werde, nicht zum Ausdruck kommen, und diese Begründung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil es sich um eine Frage handelt, hinsichtlich deren Beurteilung beide Rechtsgebiete im Ergebnis übereinstimmen, ohne daß das StGB an das Zivilrecht gebunden wäre. Wie bedenklich sich auch eine „unbesehene" Übertragung des § 1590 Abs. 2 BGB auf das Strafrecht auswirken würde, zeigt sich alsbald bei der Auslegung des § 181 Nr. 2 StGB. Denn im Sinne dieser Vorschrift muß das stiefelterliche (schwägerschaftliche) Verhältnis als beendet gelten, „sobald die Ehe aufgelöst, damit aber die alleinige Grundlage weggefallen ist, auf der die Rechtsstellung zu dem angeheirateten Kind und der ihm gewährte strafrechtliche Schutz gegen Verkuppelung beruht" (RG 61, 116). Auch hier betont das RG abermals mit Recht, daß die in anderen Rechtsgebieten enthaltenen Vorschriften, die auch einer aufgelösten Ehe noch Nachwirkungen hinsichtlich der durch sie begründeten

22) vgl. die Nachweise in RG 62, 116; neuerdings RG DJ 1937, 862; RG 71, 65.

23) allerdings zu § 59 StGB, aber für unsere Fragestellung nicht minder aufschlußreich.

Schwägerschaft zuerkennen, insbesondere § 1590 Abs. 2 BGB, dieser Entscheidung nicht entgegenstünden, weil Art. 33 EGBGB bewußt davon absehe, das Strafrecht den die Schwägerschaft betreffenden Vorschriften des BGB zu unterwerfen[24]). Auf derselben Linie der Selbständigkeit des Strafrechts liegt die vielfach, z. B. von Binding und Olshausen[25]), vertretene Auffassung, daß die Bestrafung wegen Ehebruchs eine materiell gültige Ehe voraussetze, also bei einer zivilrechtlich „nichtigen" Ehe ausgeschlossen sei[26]). Das RG hat bekanntlich diese Auffassung abgelehnt (RG 60, 246), und wir erwähnen sie in diesem Zusammenhang auch lediglich deshalb, weil sie das erste Beispiel für eine bestimmte Gruppe von Fällen darstellt, bei denen die Abweichung des Strafrechts vom zivilrechtlichen Denken sich in einer Erhöhung der strafrechtlichen Erfordernisse über die zivilistischen Voraussetzungen i. S. der Regelung des BGB hinaus auswirkt, während sich das Strafrecht sonst mit einem scheinbar „geringeren Grad zivilistischer Salonfähigkeit" zufrieden gibt.

c) Man mag darüber verschiedener Ansicht sein können, ob die geschilderten Abweichungen der strafrechtlichen Betrachtungsweise von zivilrechtlichen Gedankengängen erheblich sind oder nicht, und die Mehrzahl der einer Emanzipation des Strafrechts durchweg ablehnend gegenüberstehenden Schriftsteller wird zweifellos der letzteren Auffassung zuneigen. Gerade deshalb muß — um die Vorstellung einer Allgemeingültigkeit der Rechtsbegriffe nicht doch wieder erstarken zu lassen — daran erinnert werden, daß die Rechtsprechung von Anfang an die „grundsätzliche Selbständigkeit" des „strafrechtlichen" Begriffs der Verwandtschaft und Schwägerschaft anerkannt und betont hat, und zwar auch dann, wenn es sich scheinbar nur um geringfügige, die Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung aber nicht weniger bestätigende Abweichungen vom Zivilrecht handelt, und sogar dort, wo beide Rechtsgebiete im Ergebnis übereinstimmen. „Aus dem Strafgesetz selbst" muß der Inhalt der Begriffe im Wege der Auslegung bestimmt werden[27]); gerade in dieser Betonung des grundsätzlichen Ausgangspunkts liegt die Ablehnung der verfehlten Vorstellung einer notwendigen Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe in allen oder mehreren Rechtsgebieten. Ob die Auslegung eines strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals mit der des gleichlautenden zivilrechtlichen Begriffs übereinstimmt (was keineswegs unmöglich erscheint) oder nicht, ist ohne

24) RG aaO. unter Hinweis auf RG 60, 248.

25) Binding Lehrbuch I S. 220; Olshausen zu § 172 Note 2 mit Schrifttum.

26) vgl. Olshausen aaO. S. 766: „Beim Ehebruch wird nur die materielle, nicht die formelle Verletzung der Ehe bestraft; eine materielle Verletzung einer nichtigen, also bloß formell, nicht aber materiell bestehenden Ehe erscheint jedoch als ein logischer Widerspruch." Zu einer Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten ist hier kein Raum.

27) Dieser Gesichtspunkt kehrt in der Rechtsprechung immer wieder; vgl. z. B. RG 48, 418; GA 61, 520.

entscheidende Bedeutung; wichtig ist allein, daß die Bindung an das BGB ausgeschlossen wird und damit der Weg zu einer freieren, zweckgerichteten Fortbildung des Strafrechts geöffnet bleibt, wie er es bei richtiger Betrachtung von Anfang an gewesen ist. In diesem Sinne handelt es sich um eine Feststellung von grundsätzlicher Bedeutung, wenn RG 34, 420 zu dem Ergebnis gelangt: „Der strafrechtliche Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft als solcher ist auch durch das BGB nicht beseitigt worden." Der Gegensatz dieser Betrachtungsweise zu der Auffassung der herrschenden Lehre, wonach „im allgemeinen die Vorschriften des BGB anzuwenden" sind, ist damit eindeutig bezeichnet; er ist insbesondere nicht ausschließlich positivistisch bedingt durch Art. 33 EGBGB, der ja nur das, was ohnehin rechtens wäre, bestätigt[28]), sondern er zeigt sich in gleicher Weise auch bei der Auslegung anderer Begriffe, deren sachlich gebotene Loslösung vom Zivilrecht — abgesehen von dem Hinweis auf die historische Entwicklung — durch teleologische Erwägungen schlechthin begründet werden muß[29]).

In diesem Zusammenhang ist es angebracht, darauf hinzuweisen, daß die spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise vornehmlich dort zu Abweichungen vom privatrechtlichen Denken Anlaß gibt, wo die zivilrechtliche Regelung sogar in ihrem Heimatgebiet als lebensfremde, formale Konstruktion empfunden und beanstandet wird. Dies gilt insbesondere für die Frage der Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit seinem Erzeuger und hinsichtlich der Auffassung der Ehe als eines zivilrechtlichen Vertrags einschließlich der damit zusammenhängenden unvollkommenen Regelung der Ehenichtigkeit. Bereits die wenigen bisher erwähnten Entscheidungen lassen die größere Wirklichkeitsnähe des Strafrechts deutlich erkennen; und es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Notwendigkeit der strafrechtlichen Emanzipation weitgehend abhängig ist von dem jeweiligen Grad der Lebensfremdheit der juristischen Regelung in außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten. Deshalb können die Abweichungen der strafrechtlichen Betrachtungsweise von juristisch-technischen Begriffsbestimmungen und Gedankengängen auch häufig einen Hinweis geben für die Erneuerung anderer Rechtsgebiete, insbesondere des bürgerlichen Rechts, soweit

28) der „nur eine Anerkennung der für beide Rechtsgebiete bestehenden Verschiedenheit der Sachlage enthält": RG 56, 428.

29) Wie dies auch hinsichtlich der Auslegung der Begriffe Verwandtschaft und Schwägerschaft stets geschehen ist; vgl. den Hinweis auf Sinn und Zweck, auf den „Grund" des Gesetzes in den vorerwähnten Entscheidungen, z. B. in RG 2, 240; 60, 247; GA 61, 510 u. a., der durchweg zu einer natürlicheren Auffassung führt und deutlich erkennen läßt, daß das Strafrecht sich von anderen Erwägungen leiten lassen muß, als sie der zivilistischen Regelung zugrundeliegen; vgl. insbes. RG 56, 428: „Das Strafrecht muß in ungleich höherem Grad auf die natürliche Abstammung und auf die tatsächliche Gestaltung der wirklichen Lebensverhältnisse Rücksicht nehmen" als andere Rechtsgebiete und dabei vor allem sittlichen Gesichtspunkten Rechnung tragen; vgl. ferner RG 10, 302; 25, 337; 34, 420.

dieser Angleichung nicht die Verschiedenheit der Grundgedanken der Gesetze entgegensteht. Ob dieser letztere Gesichtspunkt auch die Abweichungen des strafrechtlichen und strafprozeßrechtlichen Begriffs der Verwandtschaft und Schwägerschaft hinreichend rechtfertigt, wies dies von RG 56, 428[30]) behauptet wird, dürfte zweifelhaft sein; sicher dagegen ist, daß derartige Verschiedenheiten tatsächlich gewollt und wegen der Bindung des Strafprozeßrechts an die betreffenden Begriffe des BGB (Art. 33 EG) unabweisbar sind (RG 41, 114; vgl. zuletzt RG JW. 1937, 2423 Nr. 104). Der Unterschied wirkt sich im wesentlichen bei der Frage des Zeugnisverweigerungsrechts aus Gründen der durch eine uneheliche Geburt vermittelten Verwandtschaft oder Schwägerschaft aus[31]) und ist früher oft getadelt worden[32]). Im Gegensatz zu den bereits erwähnten Abänderungsvorschlägen aber kann es nach den bisherigen Ausführungen für uns nicht zweifelhaft sein, daß die Angleichung der Begriffe im StGB und in der StPO[33]) nicht durch Bindung des Strafrechts ans BGB, sondern nur durch Befreiung des Strafprozeßrechts von zivilistischen Begriffsfesseln erreicht werden sollte, also durch die Wiederherstellung der Unabhängigkeit beider Rechtsgebiete vom Zivilrecht, wie sie vor dem Inkrafttreten des BGB für das Strafrecht und Strafprozeßrecht übereinstimmend bestanden hat (RG 12, 143; 14, 187)[34]).

Diese Selbständigkeit des strafrechtlichen Begriffs der Verwandtschaft und Schwägerschaft, der durch den Hinweis auf die dargelegten Abweichungen vom zivilrechtlichen Denken wohl hinreichend begründet ist, wird schließlich auch durch die Behandlung dieser Begriffe als „strafrechtlicher" im Sinn der Irrtumslehre des RG bestätigt:

> *„Es trifft zwar zu, daß . . . das BGB im § 1590 den Begriff der Schwägerschaft bestimmt. Die Vorschriften des BGB über Verwandtschaft und Schwägerschaft sind aber durch Art. 33 des EG nur insoweit für allgemein anwendbar erklärt worden, als in dem GVG, der ZPO, der StPO, der KO und dem AnfGes. an die Verwandtschaft und Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind (RG 34,418/421). Gerade dem Strafrecht gegenüber hat man davon abgesehen, es an die Vorschriften des BGB über Verwandtschaft und Schwägerschaft zu binden (RG 41,113/115; 56,427/428;*

30) im Prinzip ebenso RG 62, 116.

31) Denn hinsichtlich des Fortbestehens der durch die Ehe begründeten Schwägerschaft stimmen StGB, StPO und BGB im Ergebnis überein, und auch die methodologisch verschiedenartige Behandlung der Ehenichtigkeit führt kaum zu Schwierigkeiten, da die an das BGB gebundene strafprozessuale Betrachtung von der „Gültigkeit" der „nichtigen" Ehe ausgeht, während die insoweit „selbständige" strafrechtliche Beurteilung in betontem Gegensatz zur zivilrechtlichen Nichtigkeit die Ehe als im strafrechtlichen Sinn gleichwohl gültig behandelt.

32) vgl. oben S. 36.

33) sofern man sie überhaupt für notwendig hält.

34) und wie sie auch für den strafrechtlichen und strafprozessualen Begriff des Verlöbnisses erreicht worden ist.

60,246/248). Es ist daran festzuhalten, daß die Verkennung des Begriffs der Schwägerschaft im Rahmen des § 173 Abs. 2 StGB als strafrechtlicher und daher nicht als ein nach § 59 StGB beachtlicher Irrtum anzusehen ist (RG 34,419)": so RG DJ 1936,1339[35])

2. Zu den familienrechtlichen Unterbegriffen, die zur Umschreibung des Kreises der Angehörigen i. S. des § 52 Abs. 2 StGB verwendet werden, zählt auch der des Verlöbnisses, des Verlobtseins, der — gerade weil er nicht in positivistischem Sinn durch Art. 33 EG als spezifisch-strafrechtlicher gekennzeichnet ist — ein besonders schönes Beispiel für die begriffliche Emanzipation des Strafrechts und ihre Entwicklung darstellt. Wir haben bereits früher dargelegt[36]), daß die Nichterwähnung dieses Begriffs in Art. 33 EG der Bejahung der Frage, ob das StGB nicht auch hier einen „selbständigen" Begriff einzuführen beabsichtigt habe, „nicht entgegensteht" (RG 38, 244)[37]). Die Ausbildung eines spezifisch strafrechtlichen Begriffs ist letzten Endes darauf zurückzuführen, daß es kaum möglich ist, das wahre Wesen des Verlöbnisses mit den Mitteln des zivilrechtlichen Denkens, insbesondere den allgemeinen Vertragsbestimmungen des BGB sinnvoll zu erfassen. Auch hier hat das StGB früher als andere Rechtsgebiete die Fehler des Zivilrechts sichtbar gemacht und sich von formal-juristischen Gedankengängen und abstrakten Allgemeinbegriffen, so wie sie im BGB geregelt sind, weitgehend befreit. Die Mängel der zivilrechtlichen Regelung sind in neuerer Zeit ebenfalls von Siebert überzeugend geschildert worden[38]), und wir freuen uns, feststellen zu können, daß auch Siebert — als einziger in der zivilrechtlichen Lehre — ausführlich auf die strafrechtliche Rechtsprechung zurückgreift, um aus ihr Folgerungen für die Neugestaltung des Zivilrechts herzuleiten. Die Selbständigkeit des Strafrechts hat sich auch hier vorwiegend bei der Frage nach dem strafrechtlichen Einfluß der zivilrechtlichen Nichtigkeit des „Verlöbnis-Vertrags" ausgewirkt, bei der die Ungeeignetheit des zivilistischen Vertragsdenkens zur Erreichung der strafrechtlichen Zwecke besonders deutlich und auch bereits sehr früh in Erscheinung trat:

„Die Rechtsprechung der RG hat ständig daran festgehalten, daß der Rechtsbegriff des Verlöbnisses und Verlobtseins auf strafrechtlichem Gebiet nicht durch die Voraussetzungen des zivilrechtlich-gültigen Verlöbnis-Vertrags bedingt, sondern unabhängig davon gemäß den eigenartigen Aufgaben des Strafrechts durchaus selbständig zu beurteilen" ist: RG 38,244[39])

Die Entwicklung dieser Rechtsprechung, namentlich ihre Betrachtung unter den besonderen unserer Fragestellung zugrundeliegenden Gesichtspunkten ist sehr aufschlußreich; sie läßt deutlich die Schwierigkeiten erkennen, die bei der Emanzipation des Strafrechts, insbesondere bei der Ausbildung spezifisch strafrechtlicher Begriffe, zu überwinden waren; sie zeigt gleichzeitig aber auch die Mittel und Wege, die zur Erreichung dieses Zieles führten. Die erste Schwierigkeit, die auch sonst auftaucht und deren Überwindung deshalb von allgemeinerer Bedeutung ist, war die Erkenntnis, daß

es „sich bei dem Verlöbnis nicht ausschließlich um einen dem täglichen Leben angehörenden, sondern zugleich um einen juristischen Begriff handelt, welcher ein rechtliches, in den verschiedenen Rechtsgebieten mit rechtlichen Folgen mehr oder weniger wichtigen Inhalts ausgestattetes Verhältnis bezeichnet": (RG 10,117).

Damit taucht ein alter Gegensatz auf, den wir in der Unterscheidung zwischen tatsächlich-faktischen und juristisch-technischen Rechtsbegriffen bereits kennen gelernt haben und auch häufig wiederfinden werden. Er beruht letzten Endes auf der positivistischen Vorstellung von der Allgemeingültigkeit der Rechtsbegriffe, die — falls einmal gesetzlich fixiert — überall einheitlich angewandt werden müßten, wird aber — und das ist kennzeichnend für die grundsätzliche Einstellung des Strafrechts — alsbald überwunden. Auch hier beruft sich die Emanzipation weniger auf die historische Entwicklung, auf die ursprüngliche Zersplitterung des Landesprivatrechts, als vielmehr auf teleologische Erwägungen, auf Zweckgesichtspunkte, die „den eigenartigen Aufgaben des Strafrechts" Rechnung tragen sollen:

„Haben nun auch einzelne Landeszivilgesetzgebungen . . . die Gültigkeit des Verlöbnisses an die Beobachtung gewisser Formen geknüpft oder von sonstigen formellen Voraussetzungen abhängig gemacht, so sind doch von den Gesichtspunkten, auf welchen diese Gesetzesbestimmungen beruhen, ganz verschieden die Erwägungen und Motive, welche im Gebiete des Strafrechts dazu geführt haben, einerseits das Vorliegen eines Angehörigkeitsverhältnisses nach verschiedenen Richtungen hin strafrechtlich zu berücksichtigen, andererseits den Angehörigen i. S. des StGB die Verlobten beizuzählen.

Dasjenige aber, was zwischen Verlobten jene nahen natürlichen Beziehungen begründet, welche das Gesetz berücksichtigen und schützen will,

35) Die bemerkenswerte Verteidigung der bisherigen Irrtumsrechtsprechung des RG gegenüber der bevorstehenden abweichenden Neuregelung interessiert in diesem Zusammenhang nicht.

36) vgl. oben S. 36.

37) Sie hat außerdem den Vorteil gehabt, daß die Unabhängigkeit des Begriffs nicht nur für das Gebiet des StGB, sondern auch für den Bereich der StPO anerkannt und so die bei den Begriffen der Verwandtschaft und Schwägerschaft oft gerügte Abweichung zwischen beiden Rechtsgebieten hier ohne ihre verhängnisvolle Bindung ans BGB vermieden worden ist (RG 40, 421).

38) DRWiss. 1936 S. 207 ff. ausführlich.

39) „und wesentlich durch das Bestehen eines ernstlichen, auf künftige Eheschließung gerichteten Verlöbnisvertrags gegeben ist, sofern nur die Eheberedung nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt (RG 10, 117; 24, 155; 35, 49)": RG aaO. Diese Entscheidung wird noch neuerdings von RG 71, 70 bestätigt.

ist nicht die Tatsache der Beobachtung der vom Zivilrecht aus anderen Rücksichten für die privatrechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit des Verlöbnisses vorgeschriebenen formalen Voraussetzungen — Voraussetzungen, welche überdies erfahrungsgemäß im täglichen Leben auch bei vollem Vorhandensein der Ernstlichkeit des gegenseitigen Eheversprechens häufig nicht beachtet werden: RG 10,117. Der entscheidende Gesichtspunkt für diese Auffassung liegt (vielmehr) in der besonderen Natur des Strafrechts, welches die tatsächlich bestehende Interessengemeinschaft (der zukünftigen Ehegatten) zu berücksichtigen hat": RG 38, 244.

Aus diesen teleologischen Gründen ist der strafrechtliche Begriff des Verlöbnisses nicht im juristisch-technischen, d. h. zivilrechtlichen Sinne zu verstehen, sondern losgelöst von privatrechtlichen Begriffsfesseln im Anschluß an den allgemeinen Sprachgebrauch des Lebens und die natürliche Auffassung des Volkes zu bestimmen. Damit ist die Bindung des StGB ans Privatrecht beseitigt und ein besonderer spezifisch strafrechtlicher Begriff des Verlöbnisses anerkannt, der sich nicht mit dem des Zivilrechts deckt, der nicht nach juristischen Normen, sondern nach der Lebensauffassung bestimmt werden muß und von der zivilrechtlichen Gültigkeit des Verlöbnisvertrags unabhängig ist.

Die grundsätzliche Bedeutung dieser Entwicklung ist in den Entscheidungen des RG, die in erster Linie auf den einzelnen Fall abgestellt sind, naturgemäß nicht so klar erkannt und zum Ausdruck gelangt, wie wir sie heute sichtbar zu machen uns bemühen. Zunächst handelte es sich lediglich um einzelne Versuche, die für die Belange des Strafrechts unbrauchbare Bindung ans Zivilrecht abzustreifen, und es ist selbstverständlich, daß noch verschiedentlich Rückfälle in privatrechtliche Gedankengänge vorkamen, die — zum mindesten vom Standpunkt unserer Fragestellung aus — bedenklich, für die Darstellung der Entwicklung aber besonders lehrreich sind. Dies gilt zunächst für die Begründung, mit der RG 24, 156 das Eheversprechen eines Verheirateten auch strafrechtlich für unwirksam erklärt hat. Denn die Erwägung:

„Die ernstliche Willenseinigung beider Teile kann aber auf Anerkennung dann keinen Anspruch machen, wenn sie mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Rechtsgültigkeit von Willenserklärungen und Verträgen (!) zur Begründung von Rechtsverhältnissen in Widerspruch tritt."

stellt ganz offensichtlich ein Zugeständnis an das zivilistische Vertragsdenken dar, das nach der geschilderten selbständigen Begriffsbestimmung des Verlöbnisses keineswegs notwendig gewesen wäre. Dasselbe richtige Ergebnis hätte sich zweifellos mit rein strafrechtlichen Erwägungen ebenso, wenn nicht sogar besser, begründen lassen. Dieser Ansicht muß jedenfalls derjenige zustimmen, der mit uns der Meinung ist, daß sich derartige Lebenserscheinungen vorwiegend ethischer Natur der begrifflichen Erfassung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgültigkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen überhaupt entziehen. Deshalb wäre es durchaus

möglich und richtiger gewesen, denjenigen „Eheberedungen", die dem Gesetz oder den guten Sitten zuwiderlaufen, nach dem inneren Wesen des Verlöbnisses die strafrechtliche Anerkennung zu versagen, ohne auf das Vertragsrecht des BGB zurückzugreifen[40]). Mit Recht hat sich später RG 61, 270[41]) von diesen Krücken zivilrechtlicher Gedankengänge und Konstruktionen freigemacht, sich auf eigene Füße gestellt und schlicht ausgesprochen, daß eine noch bestehende Ehe auch strafrechtlich das Zustandekommen eines Verlöbnisses verhindert[42]).

Der Hinweis auf die privatrechtliche Gültigkeit von Willenserklärungen und Vertragsabreden, der nur durch die Vorstellung verständlich erscheint, daß das Strafrecht auf eine begriffliche Übereinstimmung mit dem Zivilrecht bedacht sein müsse, ist nicht nur überflüssig und fehl am Platze, sondern direkt irreführend. Denn daß zur Rechtsgültigkeit von Willenserklärungen dieser Art auch die Geschäftsfähigkeit nötig wäre, bedarf keiner weiteren Begründung; und in der Tat hat RG 35, 50[43]) als Voraussetzung für die Bejahung eines Verlöbnisses erwähnt, daß die an einem gegenseitigen ernst gemeinten Eheversprechen beteiligten Personen „die rechtliche Handlungsfähigkeit besaßen". Dieser überaus bedenkliche und wohl versehentliche Rückfall in privatrechtliche Gedankengänge ist aber alsbald von der Entscheidung RG 38, 244 wieder gutgemacht worden, die auch das Verlöbnis minderjähriger Personen ohne die erforderliche (§ 107 BGB) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters strafrechtlich[44]) für gültig erklärte.

„Wenn RG 35,49/51 die Voraussetzung erwähnt, daß die Beteiligten die rechtliche Handlungsfähigkeit besaßen, so werden dadurch wohl die nach § 104 BGB völlig geschäftsunfähigen Personen getroffen, nicht aber die beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen. Vielmehr greifen die allgemeinen Erwägungen, welche für das Strafrecht dahin geführt haben, von den zivilrechtlichen Förmlichkeiten des Verlöbnisses abzusehen, auch

---

40) Dasselbe Problem taucht in verschärfter Form sogar auf bei der strafrechtlichen Beurteilung der gegen die guten Sitten verstoßenden Einwilligung; vgl. hierüber unten S. 263.

41) allerdings unter Verweisung auf RG 24, 158; vgl. jetzt RG JW 1937, 3302 mit Nachweisen.

42) vgl. auch RG 14, 7: „Das Gesetz (§ 51 StPO) kann den Gewissenskonflikt da nicht anerkennen oder beachten, wo solche Bande nur auf verbrecherischer oder unsittlicher Grundlage ruhen." Diese Selbständigkeit der strafrechtlichen Betrachtungsweise steht auch einer übertriebenen Anlehnung an die sog. absoluten oder relativen Ehehinderungsgründe bei der strafrechtlichen Beurteilung des Verlöbnisses entgegen. Die zweifellos oft vorliegende Übereinstimmung mit dem Zivilrecht (so ausdrücklich RG 14, 7 gegenüber RGJ 29, 97; vgl. auch neuerdings RG 71, 70) wird lediglich als zufällige bezeichnet werden dürfen.

43) Auf die besondere Bedeutung dieser Entscheidung in anderer Hinsicht werden wir alsbald zu sprechen kommen.

44) Anders die Rechtsprechung in Zivilsachen: RGJ 98, 15.

hinsichtlich minderjähriger Personen Platz, unter welchen die gleichen nahen Beziehungen bestehen wie unter volljährig Verlobten.“[45])

Es kann kein Zweifel darüber sein, daß diese Entscheidung mit dem Volksempfinden in Einklang steht und von den besonderen strafrechtlichen Belangen zwingend gefordert wird. Daß sie auch darüber hinaus für das Zivilrecht und dessen Neugestaltung von Bedeutung ist, geht aus dem bereits mehrfach erwähnten Aufsatz von Siebert klar hervor[46]).

Betrafen die bisher erwähnten Entscheidungen lediglich Fälle, in denen ein zivilrechtlich „nichtiges oder ungültiges“ Verlöbnis als strafrechtlich rechtswirksam behandelt wurde[47]), so zeigt sich die Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung noch deutlicher in dem umgekehrten Fall, in dem trotz zivilrechtlicher Gültigkeit des Verlöbnisvertrages ein Verlöbnis in strafrechtlichem Sinn des § 263 Abs. 4 StGB verneint wurde: RG 35, 50. Es handelte sich um die Frage, ob die Strafverfolgung des Heiratsschwindlers, der es lediglich auf das Vermögen der Frau abgesehen und Heiratsabsichten vorgetäuscht hatte, von dem (nicht gestellten) Strafantrag der geschädigten Braut abhängig ist. Das RG stellte ausdrücklich fest, daß nach bürgerlichem Recht eine gültige Verlobung vorgelegen habe, da der „geheime innere Vorbehalt“ des Angeklagten[48]) seine Erklärungen nicht nichtig gemacht habe und eine Anfechtung durch die geschädigte Braut nicht erfolgt sei. Gleichwohl könne der Angeklagte aber nicht als Verlobter im strafrechtlichen Sinne angesehen und deshalb auch ohne Strafantrag nach § 263 StGB verurteilt werden:

„Der Begriff des Verlobten i. S. des Strafrechts sei wesentlich nur aus der Strafgesetzgebung selbst heraus zu erklären, und zwar bei dem Mangel ausdrücklicher hierauf bezüglicher Normen aus den strafpolitischen Erwägungen, welche den Gesetzgeber zum Erlaß der hier einschlagenden Vorschriften des Strafrechts geführt haben. Diese strafpolitischen Erwägungen aber . . . können nach der Bedeutung und dem Zweck des Verlöbnisses, wie sie diesem nach der allgemeinen Lebensauffassung eigen sind, nur auf dem Gebiete der natürlichen Empfindung, der allgemeinen Volkssitte und religiöser Gebote gesucht werden, nicht innerhalb des Bereichs mehr oder weniger willkürlich erscheinender oder wesentlich durch die größere Sicherheit des rein geschäftlichen Verkehrs hervorgerufener positiver Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechts.

45) „In Ansehung solcher Personen, welche noch dem Kindesalter näher stehen, würde das verständige Ermessen des Richters (!) im Einzelfall zu prüfen haben, ob überhaupt ein ernstlich gemeintes Eheversprechen angenommen werden kann.“ RG aaO.

46) aaO. S. 208, 209; die strafrechtliche Beurteilung des Verlöbnisses steht der Tatsächlichkeitstheorie „sehr nahe“ und diese erscheint „am mutigsten und richtigsten“. In RG 35, 50 ist diese Frage in Hinblick auf die „wesentlich verschiedene Stellung des Zivilrichters“ offengelassen.

47) die also insoweit in den besonderen Abschnitt „Tatsächliche Einnahme einer Rechtsstellung“ hineingehören; vgl. unten S. 268 fg.

48) vgl. hierüber Klee RG Festgabe Bd. V S. 81 ff.

Allerdings liegt hiernach eine erhebliche, von wichtigen Folgen begleitete Abweichung des strafrechtlichen Begriffs des Verlöbnisses von seiner zivilrechtlichen Bedeutung vor. Allein diese Abweichung mit allen ihren rechtlichen Konsequenzen ist notwendig begründet in der wesentlichen Verschiedenheit der Gründe und Erwägungen, aus denen das Verlöbnis auf strafrechtlichem Gebiete Berücksichtigung und Schutz verdient, von den für das Zivilrecht maßgebend gewesenen Gesichtspunkten: Für das Strafrecht muß entscheidend sein das sittliche Element, das dem Verlöbnis innewohnt, für das Zivilrecht die Bedeutung des Verlöbnisses als eines Aktes, der die künftige Eheschließung mit allen ihren vom Zivilrecht festgestellten Folgen für das Rechtsleben der Ehegatten unter sich und im Verhältnis zu anderen Personen anzubahnen bestimmt ist. Eben dieses sittliche Moment aber . . . nötigt auch dazu, hier ein Verlöbnis nur da als bestehend anzuerkennen, wo solches auf einer sittlich einwandfreien Basis beruht, und dies trifft, abgesehen von den Fällen, in denen aus sonstigen ethischen Gründen einem Verlöbnis vom Rechte die Wirksamkeit versagt werden muß, nur zu, wenn es hervorgegangen ist aus dem freien und ernstlichen Willen beider Verlobten . . . Ein strafrechtlich zu schützendes Verlöbnis besteht daher nicht, wenn auch nur einer der Verlobten diesen rechtlichen Willen nicht gehabt hat, sollte er selbst, der Wahrheit entgegen, dem anderen Teile gegenüber erklärt haben, er wolle ihn ehelichen und diesen hierdurch über seine wahre Willensmeinung in einen Irrtum versetzt haben.“[49])

Mit dieser Entscheidung hat die Loslösung des Strafrechts aus zivilrechtlichen Gedankengängen einen gewissen Höhepunkt erreicht, an dem nun auch die Kritik mit beachtlichen Einwendungen einsetzt; und deren Bedeutung ist umso höher einzuschätzen, als sie interessanterweise ebenfalls von der Praxis selbst ausgegangen ist. Das OLG Hamburg[50]) hat dem RG folgende „sehr beachtliche“ Bedenken[51]) entgegengehalten: Gerade der vom RG berufenen allgemeinen Lebensauffassung werde es befremdlich erscheinen, daß man zivilrechtlich verlobt und strafrechtlich nicht verlobt sein könne. Auch rechtspolitisch sei es nicht unbedenklich, einem einfach zu begreifenden Rechtsverhältnis auf mehreren Rechtsgebieten eine verschiedene Begriffsbestimmung zu geben, also gleichlautende Begriffe in einer abweichenden Bedeutung auszulegen. Bei den strafpolitischen Erwägungen lasse das RG auch die Frage unberücksichtigt, ob die Vorschriften des StGB nicht weniger den Schutz des sittlichen Elements des Verlöbnisses bezwecken als den Schutz der Verlobten gegen unerlaubtes Eindringen der Strafrechtsorgane in ihre persönlichen Erlebnisse. Diese Bedenken sind dann, nachdem sich das OLG Hamburg gleichwohl der Autorität des RG

49) ebenso später RG Recht 1921 Nr. 2487a u. a. z. B. 3 D 341/37 vom 3. 6. 1937.

50) Sammlung der Entscheidungen in Strafsachen 1925/26 S. 41 = DJZ 1925, 1644.

51) so Lobe, Frank-Festgabe Bd. I S. 41.

gebeugt hatte[52]), von Griesebach[53]) nochmals unterstrichen worden, der diesen Rechtszustand als nicht befriedigend bezeichnet[54]) und die Abweichungen der zivil- und strafrechtlichen Betrachtungsweise durch folgenden Vorschlag zu beseitigen sucht:

> *Das Strafrecht sollte besser dem Zivilrecht folgen und von dem Erfordernis der Ernstlichkeit beider Teile absehen. Umgekehrt sollte das Zivilrecht dem Strafrecht folgen hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit der Genehmigung.*

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Vorschlag für eine Änderung des Zivilrechts selbst von Bedeutung ist. Soweit er das Gebiet des Strafrechts betrifft, dürfte in grundsätzlicher Hinsicht damit wenig erreicht sein; zwar ist von unserem Standpunkt aus an dieser Kritik immerhin bemerkenswert, daß Griesebach die „Rechtseinheit" nur durch gesetzliche Änderungen in beiden Rechtsgebieten erreichen zu können glaubt, daß er also jedenfalls an dem zivilrechtlichen Erfordernis der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für das Strafrecht nicht festhalten und insoweit der Rechtsprechung des RG folgen will. Aber damit ist für die grundsätzliche Frage nach der besonderen strafrechtlichen Auslegungsmethodik nichts gewonnen. Gerade dieser Abänderungsvorschlag zeigt deutlich, daß das grundsätzliche Problem noch nicht erkannt worden ist. Denn dieser — wie Griesebach meint — „seltsame Rechtsfall", daß „jemand zivilrechtlich verlobt und strafrechtlich nicht verlobt sein kann und umgekehrt", läßt sich unschwer an Hand zahlreicher anderer Begriffe zu einer „seltsamen Rechtserscheinung" verallgemeinern. Die „Seltsamkeit" aber klärt sich bald — allerdings auch erst dann — auf, wenn man das Dogma von der Allgemeingültigkeit der Rechtsbegriffe aufgibt und erkennt, daß nicht nur eine verschiedene zivilrechtliche und strafrechtliche Betrachtungsweise möglich und notwendig ist, sondern daß sich die Rechtsbegriffe allgemein wandeln und unterscheiden, je nach dem Ort und Gebiet, in dem sie Funktionen bestimmter Art zu erfüllen haben[55]). Es handelt sich, wie auch hier nochmals betont werden mag, weniger um die Beseitigung dieser Verschiedenheiten durch eine Änderung der zivilrechtlichen Regelung des Verlöbnisses als vielmehr um die Ausbildung einer spezifisch strafrechtlichen Auslegungsmethodik und Begriffsbildung[56]). Deshalb wird das Problem auch stets nur in beschränktem Umfang durch das Eingreifen des Gesetzgebers geregelt und niemals auf dem von Griesebach angedeuteten Wege der Einzelanpassung erschöpfend gelöst werden können. Wegen der Hinleitung zu dieser Erkenntnis mag die Art der Kritik Griesebachs für uns wertvoll sein; im übrigen aber ist es nicht verwunderlich, daß sein Abänderungsvorschlag bisher nicht aufgegriffen worden ist und in diesem Sinne wohl auch nicht verwirklicht werden wird. Die Rechtsprechung des RG zum strafrechtlichen Begriff des Verlöbnisses hat vielmehr jedenfalls im Ergebnis überwiegend Billigung gefunden, namentlich bei denjenigen, die auf die Problematik der grundsätzlichen Fragestellung näher eingegangen sind[57]); und noch neuerdings hat sich das OLG Düsseldorf[58]) der Rechtsprechung des RG angeschlossen[59]). Auch wir

---

52) Neuerdings hat das OLG Kiel (DStrR 1937, 62) es abgelehnt, die von RG 35, 49 für die Eingehung eines strafrechtlich wirksamen Verlöbnisses entwickelten Grundsätze auf den sog. Brautstand zu übertragen und — ohne sich damit methodologisch zum Reichsgericht in Widerspruch zu setzen — die Auffassung vertreten, daß die für die Eingehung eines Verlöbnisses zu fordernde ernste Heiratsabsicht beider Teile nicht ständig fortzudauern brauche, daß vielmehr der innere Entschluß, das Verlöbnis zu lösen, „um als endgültig angesehen werden zu können, für den anderen Teil erkennbar zum Ausdruck gebracht" werden müsse. „Solange das nicht geschehen ist und somit auch nicht äußerlich feststeht, daß einer der Brautleute die Eingehung der Ehe endgültig ablehnt, liegt auch noch ein strafrechtlich zu schützendes Verlöbnis vor", so daß eine Bestrafung nach § 263 StGB von der Stellung eines Strafantrags abhängig ist. Vgl. hierzu auch RG DRpfl. 1937 Nr. 151 unten S. 189.

53) DJ 1925, 1645; vgl. auch Klee und Lobe aaO.

54) Auch wir wollen — da es uns in erster Linie auf methodologische Erkenntnisse ankommt — die Richtigkeit der Begründung im einzelnen nicht weiter prüfen und insbesondere die Frage offen lassen, ob es zweckmäßig wäre, der geschädigten Frau — da sie ja ebenfalls im strafrechtlichen Sinne nicht verlobt ist — ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht zu versagen.

55) und daß insbes. die Regelung des BGB nicht als allgemeinverbindlich und schlechthin maßgebend anerkannt werden darf.

56) Die Feststellung, daß man zivilrechtlich anders behandelt werden kann als strafrechtlich, hat für uns trotz der in dieser Formulierung liegenden Übertreibung alle Schrecken verloren. Sie kann auch nur auf denjenigen — dann allerdings verblüffenden — Eindruck machen, der das zugrundeliegende allgemeine Problem nicht sieht. Für uns bedeutet sie, nachdem wir sie an mehreren Stellen wiederfinden, lediglich die Erkenntnis von der Notwendigkeit, die Einheit der Rechtsordnung in einem anderen höheren Sinne als dem der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe zu suchen oder neu zu begründen.

57) vgl. auch Lobe aaO. und Klee aaO.

58) DRZ 1934 Nr. 357; allerdings ohne die grundsätzlichen Gesichtspunkte zu vertiefen; hervorgehoben wird lediglich, daß bei Prüfung der Frage, wann von einem „Verlobten" gesprochen werden kann, im Strafrecht andere Grundsätze als im Zivilrecht anzuwenden seien.

59) die bis in die jüngste Zeit fortgeführt worden ist; vgl. die Bestätigung von RG 38, 243 in RG 71, 70. — Einen völligen Bruch mit der methodischen Selbständigkeit dieser Rechtsprechung stellt allerdings die Begründung der Entscheidung RG DRpfl. 1937 Nr. 151 dar, die sich ähnlich wie das OLG Kiel (aaO.) mit der Frage der Auflösung eines früheren Verlöbnisses beschäftigt, sich aber nicht nur der Sache nach, sondern ausdrücklich zu einer streng zivilrechtlichen Betrachtungsweise bekennt, sogar auf zivilrechtliche Entscheidungen (RGZ 105, 245) ausdrücklich Bezug nimmt. „Ein zivilrechtlich (!) gültiges Verlöbnis", auf das sich die Angeklagte zur Erlangung eines Straffreiheitsgrundes gemäß § 257 Abs. 2 StGB berufen hatte, liege nicht vor, da der „Begünstigte" (der mitangeklagte Bräutigam) bereits vorher mit einer anderen Frau verlobt gewesen sei und durch den späteren — der ersten Braut unbekannt gebliebenen — Abschluß eines neuen Verlöbnisses mit der Angeklagten nicht stillschweigend von dem früheren Verlöbnis habe zurücktreten können. Auch hier mag die Richtigkeit der Entscheidung, die aus diesem Grunde dem zweiten Verlöbnis „die Rechtswirksamkeit" schlechthin versagt, dahingestellt bleiben. Ihre

können sie als verdienstvolle Absage an das zivilistische Vertragsdenken und als Mittel zur Ausbildung einer sinn- und zweckentsprechenden strafrechtlichen Auslegungsmethodik nur freudig begrüßen und abschließend feststellen, daß die Rechtsprechung unter Hinweis auf die besonderen Aufgaben des Strafrechts einen spezifisch strafrechtlichen, von zivilrechtlichen Voraussetzungen jeglicher Art unabhängigen Begriff des Verlöbnisses entwickelt und ihm einen Inhalt gegeben hat, der in erster Linie sittliche Erwägungen, den Lebenssprachgebrauch und das natürliche Volksempfinden berücksichtigt[60]).

3. Eine durchaus ähnliche Entwicklung i. S. einer Verselbständigung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale ist festzustellen hinsichtlich eines weiteren familienrechtlichen Begriffs, nämlich der „Pflegkindschaft", der durchaus zu Unrecht in diesem Zusammenhang nicht erwähnt zu werden pflegt, weil es seit 1900, d. h. seit dem Inkrafttreten des BGB, ein derartiges „zivilrechtliches Institut" nicht mehr gibt. Das macht jedoch die Schilderung der bereits früher abgeschlossenen Emanzipation des Strafrechts keineswegs überflüssig; denn vor 1900 gab es einen „Rechtsbegriff" der Pflegkindschaft in verschiedenen Landesprivatrechten, so daß unsere Problemstellung auch hier in gleicher Weise auftauchen und bei richtiger Betrachtung ebenfalls i. S. einer Befreiung des StGB von zivilrechtlichen Bindungen entschieden werden mußte. Ursprünglich hatte sich die Rechtsprechung durchaus an die zivilrechtliche Regelung des Pflegkindschaftsverhältnisses gebunden gefühlt und z. B. die Anwendbarkeit des § 174 Nr. 1 StGB verneint, wenn das betreffende Landesprivatrecht, z. B. das ALR, ein derartiges Verhältnis als Rechtsinstitut kannte, seine Voraussetzungen aber im konkreten Fall nicht erfüllt waren, vielmehr lediglich ein entsprechendes „tatsächliches" Verhältnis vorlag (z. B. RG 3, 126; 6, 233). Diese völlige Abhängigkeit von den Voraussetzungen des Zivilrechts wird auch in RG 13, 148 ausdrücklich bestätigt, und es stellt lediglich eine Folgerung dieser Grundanschauung dar, wenn spätere Entscheidungen, z. B. RG 10, 99; 20, 357; 27, 131 der lediglich tatsächlichen Gestaltung eines entsprechenden Verhältnisses nur dort (wenigstens!) strafrechtliche Bedeutung einräumen, wo eine entsprechende landesrechtliche Regelung fehlt; denn in denjenigen anderen Gebieten, in denen die Pflegkindschaft landesrechtlich besonders geregelt war, mußte auch für die strafrechtliche Beurteilung dieser Begriff nach wie vor ausschließlich nach dem Zivilrecht bestimmt werden.

Der uns interessierende Umschwung der Rechtsprechung i. S. einer Verselbständigung der strafrechtlichen Begriffe tritt jedoch kurz danach bereits ein. Die Entscheidung RG 28, 233[61]) anerkannte erstmalig ein Pflegkindschaftsverhältnis „i. S. des Strafrechts" (!) auch dort, wo die Voraussetzungen des es regelnden Privatrechts, nämlich des ALR, nicht erfüllt waren, und bestätigte damit die Auffassung des Vorderrichters, der bewußt von der bisherigen privatrechtlich gebundenen Rechtsprechung des RG abgewichen war. Die Frage, ob eine Abweichung vom Privatrecht möglich und notwendig sei, liege für den Fall der Pflegkindschaft „prinzipiell nicht anders" als für den Begriff des Verlöbnisses, dessen selbständige, spezifisch strafrechtliche Natur bereits vorher anerkannt worden war:

> *„Allerdings handelt es sich, wie beim Verlöbnis, so auch beim Pflegkindschaftsverhältnis nicht ausschließlich um einen dem täglichen Leben angehörigen, sondern zugleich um einen juristischen Begriff, der in einzelnen Rechtsgebieten Deutschlands eine verschiedene Rechtsgestaltung erfahren hat, während er in anderen Rechtsgebieten fremd ist. Diese verschiedenartigen — überdies nur für einzelne Teile des Herrschaftsgebiets des StGB in Betracht kommenden — Gestaltungen des Pflegkindschaftsverhältnisses können aber die einzelnen Vorschriften des StGB . . . nicht im Auge haben, so wenig wie die strafrechtliche Berücksichtigung des Eheverlöbnisses von der Beobachtung der zivilrechtlich erforderten Formen für ein solches hat abhängig gemacht werden sollen. Hier wie dort mußte das StGB von einem einheitlichen Begriff ausgehen, der — dem alltäglichen Leben entnommen — auf Allgemeingültigkeit im Herrschaftsgebiete des StGB Anspruch machen kann . . . Legt man diese Auffassung zugrunde, so tritt die landesrechtliche Regelung des Verhältnisses für die Frage, ob eine Pflegkindschaft i. S. des StGB anzunehmen sei, zurück. . . . Im übrigen ist dem Landesrecht ein Einfluß nur insoweit einzuräumen, als seine Bestimmungen geeignet sind, die Begründung eines Pflegkindschaftsverhältnisses in dem oben entwickelten Sinn tatsächlich zu verhindern. . . . Es ist deshalb nicht zutreffend, daß da, wo landesgesetzlich die Begründung eines pflegeelterlichen Verhältnisses an besondere Bedingungen geknüpft ist, ein solches Verhältnis auch i. S. des StGB nur beim Vorliegen dieser Bedingungen angenommen werden dürfe."*

Obwohl der Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung nicht immer so deutlich betont wird[62]), stellt dieses Ergebnis dennoch ein weiteres Beispiel für die begriffliche Emanzipation des StGB vom Privatrecht, für die Ausbildung spezifisch strafrechtlicher Begriffe dar. Dies muß deshalb besonders betont werden, weil unmittelbar danach das BGB in Kraft

---

ausgesprochen zivilrechtliche Begründung ist jedenfalls mit der von der bisherigen Rechtsprechung vertretenen spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise schlechterdings unvereinbar und auch ohne Vorbild. Es ist bezeichnend, daß die in DRpfl. aaO. wiedergegebene ursprüngliche Fassung der Entscheidung („Ein zivilrechtlich (!) gültiges Verlöbnis liege nicht vor) in RG 71, 152 i. S. unserer Bedenken geändert worden ist (Ein „rechtlich" wirksames Verlöbnis liege nicht vor).

60) Auch hier stimmt die Behandlung des Verlöbnisbegriffes als eines strafrechtlichen i. S. der Irrtumslehre des RG „zufällig" mit seiner Selbständigkeit in dem dargelegten Sinne überein (RG 61, 270; 71, 152), und das erscheint im Hinblick auf seine begrifflichen Abweichungen vom Zivilrecht durchaus zutreffend.

61) aus dem Jahre 1896.

62) vgl. jedoch RG 34, 161; andererseits Klee, RG Festgabe Bd. V S. 80 ff.

trat und die späteren Entscheidungen des RG zwar an der Unabhängigkeit des strafrechtlichen Begriffs festhalten, sich nunmehr aber zur Begründung durchaus mit Recht darauf berufen, daß „dem BGB ein Rechtsgebilde der Pflegkindschaft unbekannt" sei[63]) und eine Bindung schon deshalb nicht in Betracht komme. Dadurch wird aber der für unsere Untersuchung entscheidende Gedankengang getrübt. Die Verselbständigung des strafrechtlichen Begriffs der Pflegkindschaft war vielmehr schon vorher erreicht und hätte selbst durch die Einführung einer entsprechenden zivilrechtlichen Regelung im BGB nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Es erscheint angebracht und notwendig, die Bedeutung dieser geschichtlichen Entwicklung der Rechtsprechung vor 1900[64]) für unsere Fragestellung wieder in die Erinnerung zurückzurufen, um zu erkennen, daß das StGB sich auch hier von der begrifflichen Bindung ans Zivilrecht befreit hat. Die „Tatsächlichkeit" des Begriffs, an der die Rechtsprechung des RG „jedenfalls seit dem Inkrafttreten des BGB festgehalten hat" (so RG JW 1937, 469), kommt nunmehr auch in seiner Umschreibung deutlich zum Ausdruck: Während frühere Entscheidungen[65]) ein „rechtlich (!) oder tatsächlich" in bestimmter Weise gestaltetes Verhältnis verlangt hatten, ist jetzt zur Anerkennung eines strafrechtlichen Pflegkindschaftsverhältnisses lediglich ein Verhältnis erforderlich, das „— dem zwischen natürlichen und Adoptiveltern und -kindern ähnlich — rein tatsächlich (!) so gestaltet ist, daß es wie dieses ein dauerndes, sittlich gleichartiges Band zwischen den Verbundenen darstellt"[66]).

Auch hier hat die Rechtsprechung also einen spezifisch strafrechtlichen Begriff ausgebildet, der nicht von privatrechtlichen Normen abhängig, sondern „von der Auffassung der Sitte und des gemeinen Lebens her auszulegen ist"[67]). Damit hat das Strafrecht abermals — über die juristisch-technische Regelung des Zivilrechts hinweg — den Anschluß an die natürliche Betrachtungsweise gefunden und den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung getragen[68]). Ein besonders eindrucksvolles Beispiel aus neuester Zeit für die grundsätzliche Bedeutung dieser Entwicklung und eine wich-

63) vgl. z. B. RG 41, 198 und die im folgenden erwähnten Entscheidungen des RG.

64) die bisher unter diesem Gesichtspunkt nicht beachtet worden ist; vgl. Klee aaO.

65) vgl. Klee aaO.

66) RG 41, 198; 58, 61; JW 1937, 469. Deshalb kann es bei besonderen Umständen auch noch nach Eintritt der Volljährigkeit des Kindes fortdauern oder — z. B. durch das „Zusammenleben mit der Mutter des Kindes in wilder Ehe" — begründet werden; so RG JW aaO. und RG 2 D 781/35; näheres über die positive Begriffsbestimmung in RG JW 1937, 1796.

67) RG 34, 161; 41, 199; 70, 325 und JW 1937, 165 und 469.

68) Lediglich der Vollständigkeit halber sei hier wieder festgestellt, daß der Begriff der Pflegekindschaft auch i. S. der Irrtumslehre mit Recht als strafrechtlicher behandelt worden ist: RG 58, 61.

tige Bestätigung des Grundsatzes, daß die Bestrafung überhaupt nicht an zivilrechtlichen Erwägungen und Konstruktionen scheitern darf, bildet die bereits erwähnte Entscheidung RG 68, 366. Hier hatte der Angeklagte unzüchtige Handlungen an einem Kind vorgenommen, das, obwohl von ihm nicht erzeugt, in seiner Ehe geboren war, das aber infolge Versäumung der Ehelichkeitsanfechtung nach § 1591 BGB als „sein eheliches" Kind anzusehen[69]) und demgegenüber er bürgerlich-rechtlich gehalten war, die gesetzlichen Pflichten eines ehelichen Vaters zu erfüllen. Obwohl § 174 Nr. 1 StGB auf den „ehelichen" (d. h. leiblichen) Vater nicht, auch nicht entsprechend anwendbar ist (RG DJ 1936, 609; 1937, 751; RG 71, 140), erklärte das RG die Bestrafung auf Grund dieser Gesetzesbestimmung gleichwohl für gerechtfertigt, und zwar mit einer Begründung, die für die Lösung unserer grundsätzlichen Frage richtungweisend und wegen ihrer Schlichtheit vorbildlich ist und der deshalb eine über den Einzelfall hinausgehende allgemeine Bedeutung beigelegt werden darf:

> *„Es wäre unerträglich, wenn eine bürgerlich-rechtliche Unterstellung und eine rechtliche Formung zugunsten des Rechtsbrechers auf die strafrechtlichen Wirkungen Einfluß haben sollte, die auf Grund der tatsächlichen Feststellungen eintreten müßten."*

Für die strafrechtliche Beurteilung der persönlichen Beziehungen gemäß §§ 174 Nr. 1, 173 StGB ist also ausschließlich die tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse, nicht ihre juristische Formung i. S. des bürgerlichen Rechts entscheidend. Die Begründung dieses Ergebnisses gewinnt insofern erhöhte Bedeutung, als sie von Siegert mit Recht als Beweis dafür herangezogen worden ist, „daß der Strafrichter schon heute (JW 1935, 890) die Möglichkeit und die Pflicht hat, bei der Gesetzesauslegung nationalsozialistisches Rechtsdenken anzuwenden." Ihr richtungweisender Einfluß für die Zukunft hat sich dann auch bei den strafrechtlichen Reformarbeiten deutlich bemerkbar gemacht. Somit können wir auch hier feststellen, daß die Zurückdrängung des bürgerlichen Rechtsdenkens aus dem Gebiet des Strafrechts i. S. des Vorspruchs unserer Untersuchung einer der Leitgedanken ist, die für die Handhabung des neuen Rechts Bedeutung behalten oder erlangen[70]).

69) also nicht nur als solches zu vermuten war.

70) Es entspricht durchaus der oben (S. 11) angedeuteten Entwicklung, wenn neuerdings die Anwendbarkeit der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Ehelichkeit auch auf dem Gebiet des Erbhofrechts in Zweifel gezogen, ja sogar die Rechtswirksamkeit des § 1594 BGB schlechthin bestritten worden ist. Vgl. hierüber — in Anschluß an RG JW 1937, 154 — die Ausführungen von Schmidt-Klevenow DR 1937, 325; Wetzel JW 1937, 2016, Neider DR 1937, 471, Wussow u. a. DR 1938, 26 ausführlich. Die wertvolle Pionierarbeit der strafrechtlichen Judikatur ist dabei leider unbeachtet geblieben. Ihr Verdienst sollte gerade jetzt, nachdem der Gesetzgeber eingegriffen hat (vgl. G. vom 12. 4. 38 — RGBl I S. 380 —), besonders betont werden. Die Rechtsprechung in Strafsachen hatte diese Hilfe nicht

4. Bekannter und häufiger erörtert als bei den soeben erwähnten familienrechtlichen Begriffen des § 52 Abs. 2 StGB, die wegen ihrer Abweichung vom Zivilrecht die Verschiedenheit des Oberbegriffs „Angehörige" noch vergrößern, ist die Selbständigkeit des strafrechtlichen Beamtenbegriffs, seine Unabhängigkeit von den begrifflichen Voraussetzungen des Staats-, insbesondere des Beamtenrechts. Auch hier gründet sich die Emanzipation des Strafrechts weniger auf die besondere Inhaltsbestimmung des § 359 StGB; sie beruht vielmehr in erster Linie auf der besonderen Auslegungsmethodik der Rechtsprechung, die das zur Umschreibung des strafrechtlichen Beamtenbegriffs verwendete Tatbestandsmerkmal der „Anstellung" in einer vom Staatsrecht abweichenden, den besonderen Bedürfnissen des Strafrechts Rechnung tragenden Weise ausgelegt hat. Dieser Gesichtspunkt wird heute, nachdem die spezifisch strafrechtliche Inhaltsbestimmung des Beamtenbegriffs fast allgemein anerkannt ist, meist vernachlässigt, und es erscheint angebracht, darauf hinzuweisen, daß auch hier der Emanzipationsprozeß keineswegs so leicht gewesen ist, wie dies heute den Anschein hat. Noch die Entscheidung RG 23, 374 hatte ausgeführt[71]): „Die Frage, ob jemand als Beamter zu gelten hat, gehört in erster Linie nicht dem Strafrecht, sondern dem allgemeinen öffentlichen Recht an . . . Die Vorschrift des § 359 StGB enthält keine Gebots- oder Verbotsnorm, sondern lediglich eine abstrakte Legaldefinition auf dem Boden einer Reihe als bekannt vorausgesetzter staatsrechtlicher Begriffe („Reich", „Bundesstaat", „unmittelbarer oder mittelbarer Dienst", „Anstellung"[72]). Gleichwohl hat das RG bereits vorher[73]) und jedenfalls später den Begriff der Anstellung „materiell", d. h. in einem vom Staatsrecht abweichenden Sinne ausgelegt und so einen besonderen spezifisch strafrechtlichen Beamtenbegriff geschaffen, dessen Selbständigkeit heute fast unbestritten ist, sodaß wir uns mit dem Hinweis auf die neuere Rechtsprechung begnügen können[74]):

„Nach ständiger Rechtsprechung trifft die Begriffsbestimmung des Beamten i. S. des § 359 StGB nicht nur auf die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Beamten in staatsrechtlichem Sinn, sondern auch auf solche Personen zu, die — ohne Begründung eines derartigen Verhältnisses — von einer nach Reichs- oder Landesrecht zuständigen Stelle durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden öffentlich-rechtlichen Akt zu Dienstverrichtungen berufen werden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind, staatlichen Zwecken dienen.[75]) Die so berufenen Personen sind zwar nicht Beamte im engeren — staatsrechtlichen —, wohl aber im weiteren — strafrechtlichen (§ 359 StGB) — Sinn (RG 60,139)": RG 62,188.[76])

„Dieser Rechtsprechung entsprechend sieht der Entwurf des Amtlichen Strafrechtsausschusses als Amtsträger jeden Beamten im staatsrechtlichen Sinn und alle Personen an, die bestellt sind, obrigkeitliche Aufgaben wahrzuhehmen, aber nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind": RG 69,233.

Mit Recht hat bereits Schwinge[77]) diese Rechtsprechung als „besonders gutes Beispiel" bezeichnet für die „Inhaltsverschiebung, die ein und dasselbe Wort in seinem Begriff erfährt, wenn es in ein anderes Gesetz übernommen wird"[78]). Da Stock die Gesichtspunkte, die für die Ausbildung eines derartig selbständigen strafrechtlichen Begriffs maßgebend waren, ausführlich geschildert hat[79]), können wir uns in diesem Zusammenhang mit dem Hinweis darauf und mit der Feststellung begnügen, daß das StGB sich hier in gleicher Weise von den begrifflichen Bindungen an das Staatsrecht, also das öffentliche Recht, wie von denen an das BGB befreit und trotz des Einwands von Binding[80]), es sei ein „methodischer Fehler", aus der Natur der übertragenen Obliegenheiten auf die Be-

nötig; — ein schöner Beweis für die größere Lebensnähe des strafrechtlichen Denkens.

71) allerdings zur Frage der Bedeutung des Irrtums über die Beamteneigenschaft.

72) vgl. auch Wachinger BDB 9, 236, der hervorhebt, daß die Unterbegriffe des § 359 StGB, insbes. das Merkmal der „Anstellung", nach dem außerhalb des StGB geltenden Reichs- und Landesrecht zu beurteilen sind. Dementsprechend wurde früher auch der Irrtum über den (staatsrechtlichen) Beamtenbegriff als Irrtum über außerstrafrechtliche öffentlich-rechtliche Normen für beachtlich erklärt; so noch RG GA 42, 234.

73) im Anschluß an die frühere Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals.

74) zumal die Entwicklung bereits von Schwinge (Begriffsbildung S. 70) und Stock (Amtsverbrechen, insbes. S. 259 ff. und neuerdings ZAkDR 1937, 698) ausführlich dargestellt worden ist.

75) Hierbei ist es gleichgültig, ob zwischen den auf solche Weise Berufenen und dem Staate auch ein privatrechtliches Dienstverhältnis besteht, mit dem der Akt der Amtsausübung zusammentrifft.

76) vgl. die ausführliche neueste Zusammenstellung der Rechtsprechung in RG 69, 233; ferner RG JW 1935, 2970 und 3391; 1936, 327 und 457; DJ 1936, 418; RG 70, 235; JW 1937, 1337; DJ 1937, 1742; weitere Schrifttumsnachweise bei Stock aaO. S. 259 Note 12.

77) aaO. S. 71.

78) vgl. hierüber oben S. 112 fg.

79) aaO. S. 259: „Für den strafrechtlichen Beamtenbegriff dagegen kommt es sehr viel stärker auf das Außenverhältnis an, darauf, ob jemand in amtlicher Eigenschaft dem Publikum gegenüber auftritt, ob er sich berechtigterweise als Beamter geriert, auch wenn die staatsrechtliche Beamteneigenschaft nicht vorhanden ist, z. B. nur Anstellung auf Privatdienstvertrag vorliegt". (vgl. hierzu jetzt RG 68, 327). „Der Grund hierfür ist, daß die Eigenart der übertragenen amtlichen Funktionen diese Personen in Stand setzt, den im Amtsverbrechen liegenden deliktischen Angriff auszuführen". Näheres über „diese Emanzipation der strafrechtlichen Bestimmungen des tauglichen Täters der Amtsdelikte von dem staatsrechtlichen Beamtenbegriff" und über die „Präponderanz der deliktischen Handlung über den Täter" vgl. S. 260 ff. und zu RG ZAkDR 1937, 698. — Die Erweiterung des Beamtenbegriffs im strafrechtlichen Sinn gilt in gleicher Weise auch für diejenigen Fälle, in denen er als Objekt der Angriffshandlung verwendet wird: RG 29, 15.

80) Lehrbuch II S. 385; vgl. ebenso Frank II zu § 359 und Gerland S. 355.

griffsbestimmung zu schließen, an seiner Rechtsprechung festgehalten hat. Diese besondere Methode des RG werden wir noch mehrfach als zweckentsprechend feststellen können, und auch hier soll nicht unerwähnt bleiben, daß die neuere Rechtsprechung zur Irrtumslehre den Begriff des Beamten ebenfalls als rein strafrechtlichen behandelt hat[81]).

Die „dynamische" Begriffsbestimmung des Beamten i. S. des Strafrechts[82]) wirkt sich nicht nur in der geschilderten Erweiterung des Täterkreises über den des Beamten im staatsrechtlichen Sinne aus, sondern führt ganz allgemein zu einer materiellen Betrachtungsweise; die bloße Rechtsstellung als solche, auch soweit sie den staatsrechtlichen Voraussetzungen in vollem Umfang entspricht, genügt den besonderen Erfordernissen des Strafrechts nicht. Maßgebend ist vielmehr die berechtigte tatsächliche Ausübung hoheitlicher Funktionen. So erklärt es sich, daß ein im Dienststrafverfahren vorläufig seines Amtes enthobener Beamter — obwohl er hierdurch nicht seine Beamteneigenschaft verliert, sondern lediglich die Befugnis zur Ausübung seines Amtes — während der Dauer seiner Amtsenthebung nicht nach § 350 StGB bestraft werden kann[83]). Ebenso kann sogar die bloße Beurlaubung eines Beamten beim Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall auch die Befugnis zur Amtsausübung und damit seine strafrechtliche Beamteneigenschaft beeinträchtigen[84]). Diese Fälle stellen das Gegenstück dar zu denjenigen, in denen die staatsrechtliche Beamteneigenschaft fehlt, die strafrechtliche aber durch Beauftragung mit hoheitlichen Funktionen und deren Ausübung begründet wird. Denn bei ihnen ist die Beamteneigenschaft unzweifelhaft „an sich" auch im staatsrechtlichen Sinne vorhanden; aber diese lediglich rechtliche Eigenschaft ohne Ausübung entsprechender Funktionen genügt nicht zur Bejahung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale. Derartige Fälle[85]) gehören zu der bereits erwähnten Gruppe, in der das Strafrecht über die Erfordernisse anderer Rechtsgebiete hinaus noch weitere Voraussetzungen aufstellt und damit abermals seine — sich nach zwei Seiten hin auswirkende — begriffliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit beweist. Indem es einerseits rein rechtliche Konstruktionen nicht als genügend anerkennt[86]), sich andererseits aber dort, wo sie der Erreichung seiner besonderen Zwecke hindernd entgegenstehen, über sie hinwegsetzt, bleibt es durchaus seiner „realistischeren Natur" treu und dient damit am besten den Belangen der Strafrechtspflege[87]).

81) RG 53, 131 — allerdings ohne auf die begrifflichen Abweichungen Bezug zu nehmen. Über die Wechselwirkung zwischen der Auslegung des Beamtenbegriffs im materiellen Sinn und seiner Behandlung innerhalb der strafrechtlichen Irrtumslehre vgl. oben S. 101 zu Grünhut, Frank-Festgabe Bd. I S. 24.

82) so Stock aaO. S. 266.

83) RG 63, 433; vgl. aber Gerland aaO. S. 355: Auch der „z. D." gestellte Beamte sei Beamter i. S. des StGB.

84) RG 67, 228; andererseits RG 56, 430.

85) denen wir noch mehrfach begegnen werden, z. B. unten bei der Erörterung der Begriffe Vormund, Lehrer u. a.

86) Deshalb ist auch derjenige nicht Schriftleiter, der die Schriftleitung zwar „förmlich", aber doch nur in dem Sinn übernommen hat, daß er selbst sich in Wirklichkeit um nichts kümmert, sondern die gesamte Arbeit einem anderen überläßt oder ausschließlich zu dem Zweck, die strafrechtliche Verantwortung, die infolge seiner Abgeordnetenimmunität aber nicht praktisch wird, auf sich zu nehmen. Er wird nicht einfach dadurch Schriftleiter, daß sein Name auf der periodischen Druckschrift als Schriftleiter genannt ist: RG 66, 6. Derselbe Gesichtspunkt ist in RG 70, 304 hinsichtlich des Begriffs „Verbürgung der Gegenseitigkeit" anerkannt: „Sollte der Fall eintreten, daß eine Rechtsgrundlage zwar der Form nach besteht, aber übungsmäßig nicht beachtet wird, so wäre die Gegenseitigkeit (z. B. § 102 StGB) nicht verbürgt." Vgl. auch Olshausen S. 476 zu § 102 Note 4.

87) Im übrigen handelt es sich bei den gegenwärtigen Streitfragen zu § 359 im wesentlichen nur darum, wieweit der strafrechtliche Beamtenbegriff — dessen Selbständigkeit nicht beanstandet wird —, im Einzelfalle reicht, z. B. ob er auch Parteiamtsträger umfaßt; vgl. Freisler „Beamter und Amtsträger", DStR 1936, 88 ff. Aber diese Frage nach seiner positiven Inhaltsbestimmung geht über die Aufgabe unserer Arbeit hinaus.

88) und umgekehrt; vgl. z. B. Lobe zu § 4 Note 1. Diese Gesichtspunkte sind in neuerer Zeit herangezogen worden für die strafrechtliche Behandlung des Saargebiets und Danzigs. Wenngleich auch das RG Danzig als Ausland (RG 67, 255) und das Saargebiet als Inland (RG 63, 395) erachtet und damit durchaus zu Recht die Ansicht von Salomonski (JW 1932, 3799; gegen ihn auch Möricke JW 1933, 417) abgelehnt hat, so ist dennoch dessen Feststellung bemerkenswert, es sei anerkannten Rechts, daß Begriffe aus einem Teil des gesamten Rechtsgebiets nicht ohne weiteres auf einen anderen Teil übertragen werden könnten, daß vielmehr sehr oft „dieselbe Bezeichnung in verschiedenen Rechtsgebieten für eine ganz andere Sache" stehe. Über „Ausland i. S. des Strafrechts" vgl. Wegener, Frank-Festgabe I S. 134.

Eine ähnliche Entwicklung läßt sich nachweisen hinsichtlich des Begriffs „Ausland" i. S. des § 8 StGB, bei dem die Unabhängigkeit des Strafrechts allerdings auch kaum bestritten worden ist. Auch hier müssen die Worte „jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet" im spezifisch strafrechtlichen Sinn und nicht — wie scheinbar naheliegend — in dem des Staatsrechts, insbesondere des Artikels 1 RV, ausgelegt werden. Eine derartige Auslegung stünde auch im Widerspruch zu dem das StGB in erster Linie beherrschenden Gebietsgrundsatz, nach dem alle der deutschen Staatsgewalt unterliegenden Landesgebiete als Inland behandelt werden müssen. Deshalb sind z. B. auch die in den früheren Schutzgebieten, — die nicht i. S. des Art. 1 RV als Reichsgebiet erachtet werden konnten, — ausgeführten Straftaten als im Inland begangen anzusehen (RG 44, 407). Ein Gebiet kann also sehr wohl im Sinne des Staats- oder Völkerrechts nicht zum Deutschen Reich gehören und dennoch im strafrechtlichen Sinn als Inland zu betrachten sein[88]).

5. Auch abgesehen von den besonderen Begriffsbestimmungen „im Sinne dieses Gesetzes" enthält das StGB vereinzelt an anderen Stellen gesetzliche Hinweise auf eine selbständige Begriffsbildung und bemerkenswerte Ansätze zu einer besonderen spezifisch strafrechtlichen Betrachtungs-

weise. Das sind diejenigen Fälle, in denen das Gesetz selbst durch die Unterordnung scheinbar zivilrechtlicher Tatbestandsmerkmale unter einen „tatsächlichen" Oberbegriff zu erkennen gibt, daß es von ihrer Auslegung im zivilrechtlichen Sinne nichts wissen will. Das bekannteste Beispiel dieser Art ist der Begriff des „Ankaufens" i. S. des § 259 StGB, der — wie sich aus der Fassung des Tatbestandes ergibt — eine Unterart des Ansichbringens darstellt und deshalb i. S. der Erlangung eigener tatsächlicher Verfügungsgewalt zu verstehen ist (RG 64, 21). Das Gesetz faßt also die erwähnten Verträge als Gestaltungen des Ansichbringens auf und legt demgemäß nur Wert darauf, daß durch abgeleiteten Besitzerwerb der Hehler in ein äußeres Verhältnis zu der durch strafbare Handlung erlangten Sache getreten ist, das ihm ermöglicht, darüber wie über seine eigene zu verfügen (RG 56, 335). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob das dem Ansichbringen zugrundeliegende Rechtsgeschäft zivilrechtlich gültig, insbesondere unter Beachtung der gesetzlichen Formvorschriften, abgeschlossen worden ist (RG 4, 187)[89]; selbst wenn es überhaupt noch nicht zustande gekommen war, wohl aber die Übergabe der Sache bereits stattgefunden hat, sind die Voraussetzungen des § 259 StGB erfüllt (RG 57, 213)[90].

Diese langjährige Rechtsprechung des RG ist neuerdings von Rilk (JW 1936, 730) angegriffen worden, der lediglich das zum-Pfand-nehmen als Unterfall des Ansichbringens in dem geschilderten tatsächlichen Sinne auffassen, für das „Ankaufen" dagegen bereits den Abschluß des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts[91] als genügend ansehen will. Dieser Auffassung können wir — ohne uns mit den sprachlichen Argumenten Rilks näher auseinander zu setzen[92] — nicht beitreten, weil zur vollendeten[93] Hehlerei nun einmal zweifellos die Erlangung tatsächlicher Verfügungsgewalt über die Sache vorausgesetzt wird.

89) Andererseits genügt der bloße Abschluß des Kaufvertrags allein natürlich nicht.

90) Wenn früher RG 17, 60 sich noch veranlaßt sah, diese teleologische Auslegung des Gesetzes u. a. mit dem Hinweis auf die Verschiedenheit des im StGB gewählten Ausdrucks „Ankaufen" und des zivilrechtlichen Begriffs des „Kaufs" zu begründen, so ist dies ein interessanter Beweis dafür, wie sehr man den Einwand fürchtete (und damit als berechtigt anerkannte), daß alle Rechtsbegriffe, insbes. des Zivilrechts, in den verschiedensten Gebieten in gleichem Sinne ausgelegt werden müßten.

91) dessen Nichtigkeit (§ 134 BGB) natürlich nicht der Bestrafung entgegenstehen könne; vgl. hierüber unten S. 287.

92) Der Hinweis darauf, daß auch in § 823 Abs. 1 BGB der Oberbegriff „sonstiges Recht" sich lediglich auf das unmittelbar vorhergehende „Eigentum" bezieht und deshalb dingliche Rechte umfaßt, erhält im Zivilrecht erst Gewicht durch die sachlichen Erwägungen, die dieses Ergebnis als richtig bestätigen, im Strafrecht aber gerade fehlen.

93) nur darum handelt es sich hier; im neuen Recht ist auch der Versuch bereits strafbar.

Aus diesem Grunde aber halten wir es für richtig, wenn neuerdings RG 70, 37 — abweichend vom RG 23, 27 — ein derartiges Ansichbringen auch in dem Erwerb der Pfandscheine über die vom Dieb verpfändeten Sachen erblickt. Der Hinweis des RG auf die heutigen rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten einer Verwertung der Pfandscheine, die ihrem Besitzer die tatsächliche Verfügungsmacht über die Sachen einräumen[94], erscheint durchaus einleuchtend. Deshalb braucht auch der Umstand, daß das RG die Frage, ob das Ankaufen eine Unterart des Ansichbringens darstellt, offengelassen hat, nicht als Anzeichen für eine Änderung der langjährigen Rechtsprechung aufgefaßt zu werden[95], mit der sich das gewünschte Ergebnis unschwer erreichen läßt und die auch an anderen Stellen des StGB anerkannt ist. Auch der Begriff des „Verkaufens" i. S. des § 184 Nr. 1 StGB stellt eine Unterart des „Verbreitens" dar, und ist deshalb abweichend vom Zivilrecht in diesem tatsächlichen Sinne zu verstehen[96]. Dieselbe Erscheinung zeigt sich in den §§ 324, 367 Nr. 3 StGB, wo das Verkaufen gleichfalls nur als eine Form des „sonstin-Verkehr-bringens" oder des „an-andere-Überlassens" in Betracht kommt. Diese Art der Gesetzestechnik ist zwar verschiedentlich getadelt worden[97]; für uns aber bleibt sie unter dem Gesichtspunkt eines gesetzlichen Hinweises auf eine vom Zivilrecht abweichende Begriffsbildung wichtig und wertvoll, solange in der Fassung des Tatbestandes die zivilrechtlichen Merkmale nicht durch tatsächliche, d. h. spezifisch strafrechtliche, ersetzt worden sind, wie dies z. B. in § 184a StGB („gegen Entgelt überläßt") richtig geschehen ist.

II. Die strafrechtliche Selbständigkeit vorwiegend „tatsächlicher" Begriffe.

Damit haben wir die Verselbständigung der strafrechtlichen Begriffe, soweit sie mit dem Hinweis auf die seltenen Inhaltsumschreibungen „im Sinne dieses Gesetzes" begründet werden kann, abgeschlossen[1]. In diesen Fällen einer spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung durch den Gesetzgeber kann kein Zweifel darüber bestehen, daß das StGB im Sinne des Art. 4 EGBGB einen Begriff mit selbständigem Inhalt einzuführen

94) ohne allerdings einen Gewahrsam an den Sachen i. S. des § 242 StGB zu begründen.

95) vgl. neuerdings RG 71, 51 zu § 259 StGB (Ansichbringen).

96) RG 36, 330; vgl. aber auch RG 44, 92 betr. „Verkaufen" i. S. des Nahrungsmittelgesetzes: Übergabesurrogate genügen.

97) z. B. von Binding II S. 70 zu § 324; v. Hippel, Lehrbuch S. 232 zu § 184 Nr. 1.

1) Die übrigen Begriffsbestimmungen, z. B. in §§ 31 Abs. 2, 181a, 203, 318a Abs. 2 StGB sind für unsere Fragestellung ohne unmittelbares Interesse, wenngleich auch sie die grundsätzliche Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung erneut bestätigen.

beabsichtigt hat, der mit den gleichlautenden Begriffen in anderen Rechtsgebieten nicht übereinzustimmen braucht, der völlig selbständig, eben spezifisch strafrechtlicher Natur ist. Gleichzeitig aber haben wir feststellen können, daß nicht nur diese vom Gesetzgeber selbst umschriebenen Oberbegriffe von anderen Rechtsgebieten abweichen, sondern daß auch die zu ihnen gehörigen Unterbegriffe von der Bindung an außerstrafrechtliche Normen befreit worden sind. Hier hat also die Rechtsprechung lediglich aus den Bedürfnissen der Praxis heraus im Wege teleologischer Auslegung eine selbständige Begriffsbildung entwickelt, und es braucht nicht mehr betont zu werden, daß uns gerade diese letzteren Fälle als Beispiele einer spezifisch strafrechtlichen Auslegungsmethodik, einer zweckgerichteten Begriffsbildung besonders interessieren. Denn abgesehen von den noch besonders zu erwähnenden Sonderfällen, in denen die Begriffsbestimmungen anderer Gesetze, wie z. B. § 90 BGB, sich ausdrücklich auf das außerstrafrechtliche Gebiet beschränken und sich so selbst gegen die Annahme ihrer Allgemeingültigkeit verwahren[2]), werden wir auf gesetzliche Anhaltspunkte für die Verselbständigung strafrechtlicher Begriffe nicht zurückgreifen können. Für die Mehrzahl der zu untersuchenden Begriffe sind wir also ausschließlich auf die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten teleologischen Gesichtspunkte angewiesen. Dies entspricht auch durchaus unserem Ziel, das Problem unabhängig von einem Eingreifen des Gesetzgebers[3]) durch eine besondere Auslegungsmethodik zu lösen oder wenigstens der Klärung näher zu bringen.

Wenn wir hierbei mit Tatbestandsmerkmalen beginnen, die, wie z. B. der Begriff des Besitzes (Gewahrsams), „tatsächlicher" Natur sind, so geschieht dies lediglich deshalb, weil sie am wenigsten mit einem Gespinst juristischer Konstruktionen überzogen und deshalb einer begrifflichen Verselbständigung am ehesten zugänglich sind, obwohl auch sie durch ihre mit zivilrechtlichen Begriffen gleichlautende Bezeichnung an strafrechtsfremde Rechtsgebiete gebunden zu sein scheinen. Daß darüber hinaus unsere Problemstellung erst bei den spezifisch juristischen Begriffen mit voller Schärfe einsetzt und die Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung sich erst dort entscheidend bewähren muß, werden wir noch ausführlich darlegen[4]). Andererseits handelt es sich bei vielen der sog. vor-

2) oder in denen — wie gezeigt — sich aus dem Strafgesetz selbst ergibt, daß sie, wie z. B. das Merkmal „ankaufen" i. S. des § 259 StGB, nicht in seiner zivilrechtlichen Bedeutung, sondern in der des zugehörigen Oberbegriffs des „Ansichbringens" aufgefaßt werden müssen.

3) und grundsätzlich ohne Heranziehung der Rechtsschöpfung durch entsprechende Gesetzesanwendung.

4) Im Gegensatz zu den bisher erörterten Beispielen, in denen es sich, wie z. B. bei dem des Verlöbnisses, vorwiegend um den strafrechtlichen Einfluß der zivilrechtlichen Nichtigkeit von Verträgen handelt, wird sich die Selbständigkeit der mehr tatsächlichen Begriffe gerade durch Abweichungen in anderer Hinsicht bemerkbar machen, die aber nicht weniger wichtig sind.

wiegend tatsächlichen Begriffe, wie z. B. bei dem Merkmal der beweglichen Sache, des Besitzes, des Menschen u. a., um Tatbestandsmerkmale, die der Umschreibung des Schutzobjekts dienen und deshalb nach dem Akzessorietätsprinzip in besonders starkem Maße der Gefahr begrifflicher Knebelung durch strafrechtsfremde Inhaltsbestimmungen ausgesetzt sind.

Wie weit gerade „tatsächliche" Begriffe durch teleologische Auslegung auf ihre faktischen Bestandteile zurückgeführt und ihres allenfalls noch vorhandenen vertraglich-rechtsgeschäftlichen Gehalts entkleidet werden können, beweisen zwei neuere Entscheidungen des RG, in denen die teleologische Betrachtungsweise ihren Höhepunkt erreicht, wenn nicht gar überschritten hat, die aber in grundsätzlicher Hinsicht von allgemeiner Bedeutung sind:

> *„Bei der Gesetzesauslegung ist neben dem Wortlaut, also neben dem allgemeinen Sprachgebrauch, dem in Gesetzgebung und Rechtsprechung üblichen und dem einzelnen Gesetz erkennbar zugrundeliegenden besonderen Sprachgebrauch auch der Sinn des Gesetzes zu berücksichtigen, der sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Bestimmungen und aus dem Zweck des Gesetzes ergeben und zu einem vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Ergebnis führen kann. . . . Gerade eine nicht am Wortlaut haftende zweckgerichtete Rechtsprechung wird vom Volksempfinden heute besonders nachdrücklich gefordert."*

Mit dieser Begründung hat RG 67, 294 das Tatbestandsmerkmal „als echtes empfangen" i. S. des § 148 StGB über den abgeleiteten Erwerb hinaus auch auf die Erlangung des Geldes durch Diebstahl oder Fund ausgedehnt und auch hier tatsächlichen Gesichtspunkten den Vorrang vor dem rechtsgeschäftlichen Vertragsdenken eingeräumt. Durchaus ähnlich in der Methode ist in RG 67, 168 der Begriff des „Inverkehrbringens" i. S. des § 146 StGB rein tatsächlich ausgelegt, nämlich als der Vorgang umschrieben worden,

> *„durch den der Täter das falsche Geld derart aus seinem Gewahrsam entläßt, daß ein anderer tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des falschen Geldes zu bemächtigen und mit ihm nach seinem Belieben umzugehen, es insbesondere weiterzuleiten. Darauf, ob irgendwelche rechtlichen Ansprüche oder Verpflichtungen eines anderen bezüglich des falschen Geldes begründet werden und wie sie etwa gestaltet seien, kommt es nicht an."*[5])

Durch diese beiden Entscheidungen sind somit auch die letzten Reste eines zivilistischen Vertrags- oder Anspruchsdenkens bei den erwähnten tatsächlichen Begriffen ausgeschieden und diese auf ihre faktischen Elemente

5) Das Inverkehrbringen ist deshalb bereits vollendet (wichtig, da der Versuch nicht strafbar ist), wenn der Täter das falsche Geld dem Verkäufer einer Ware als bare Zahlung des Kaufpreises übergibt. Die Zurückweisung des als falsch erkannten Geldes durch den Verkäufer ist — weil der Vollendung nachfolgend — für die Strafbarkeit ohne Belang.

soweit zurückgeführt worden, wie es der Wortlaut allenfalls gerade noch zuläßt; und eine ähnliche Entwicklung werden wir — wenn auch nicht in gleich starkem Maße — bei den nun unter unserer besonderen Fragestellung zu erörternden Begriffen feststellen.

1. Die Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht ist bekanntlich schon seit langem bei dem Begriff des „Besitzes" im strafrechtlichen Sinne bewußt zum Problem erhoben und an diesem besonders gelagerten Beispiel bis in die neueste Zeit in zahlreichen Untersuchungen erörtert worden, obwohl das StGB hier bereits durch die Verwendung einer besonderen Bezeichnung, des „Gewahrsams", die Selbständigkeit seiner Begriffsbildung zum Ausdruck gebracht hat. Sie ist in dieser Beschränkung, insbesondere hinsichtlich des von den strafrechtlichen Nebengesetzen fast ausschließlich verwendeten Besitzbegriffs[6]), heute auch im wesentlichen anerkannt, nachdem bereits Binding[7]) den richtigen Weg zu diesem sachlich gebotenen Ergebnis gewiesen hatte:

> *„Der realistischeren Auffassung des Strafrechts — der Natur des Verbrechens als störender Einwirkung auf den Bestand der tatsächlichen Verhältnisse allein angemessen — entspricht auch allein eine durchaus realistischere Auffassung des Besitzes."*[8])

Sogar Frank, der doch sonst durchweg die begriffliche Bindung des Strafrechts befürwortet, erkennt hier ausnahmsweise die Ausbildung eines „spezifisch strafrechtlichen" Begriffs[9]) an. Daß aber gleichwohl die Frage der Abhängigkeit des Strafrechts selbst hier noch nicht abschließend geklärt ist, zeigen die Ausführungen v. Hippels[10]), die wegen der Verschiedenheit der grundsätzlichen Einstellung nicht unerwähnt bleiben dürfen. Danach ist die Auffassung von einem spezifisch strafrechtlichen Besitzbegriff ebenso abwegig wie die längst überholte Theorie eines besonderen strafrechtlichen Eigentums; eine grundsätzliche Verschiedenheit zwischen strafrechtlichem Gewahrsamsbegriff und zivilrechtlichem Besitzbegriff sei nicht anzuerkennen, da es sich auch beim Diebstahl um den Schutz zivilrechtlicher Interessen handele. Lediglich die besonderen zivilrechtlichen — den Besitzbegriff i. S. der natürlichen Lebensauffassung — einschränkenden bzw. erweiternden Abweichungen sollen „als künstliche dogmatische Sonderregelungen für eigenartige Zwecke des zivilrechtlichen Schutzes" auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt bleiben. Mag sich diese Abweichung in der grundsätzlichen Einstellung im Ergebnis auch weniger bemerkbar machen, so müssen wir doch den „Gegensatz der Richtung" dieser Auffassung besonders im Auge behalten. Im übrigen ist bereits H. Mayer den Ausführungen v. Hippels entgegengetreten[11]), sodaß wir uns alsbald der Darstellung der für unsere Untersuchung entscheidenden Rechtsprechung zuwenden können, die von RG JW 1934, 770 allgemein wie folgt zusammengefaßt worden ist:

> *„Wenn Strafgesetze den Besitz mit Strafe bedrohen, muß hierunter — unabhängig von der Rechtsauffassung, die sich aus den Vorschriften des BGB ergibt — die auf dem räumlichen Verhältnis beruhende, körperliche Herrschaft über eine Sache verstanden werden."*[12])

Selbst aus dem — sogar in neueren Gesetzen — beibehaltenen Nebeneinander von Besitz und Gewahrsam[13]) „ist nicht herzuleiten, daß unter Besitz ein von dem Gewahrsam an der Sache wesentlich verschiedenes Verhältnis oder gar der Besitz im Sinne der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen zu verstehen sei" (RG 68, 325; 69, 82). Demgemäß hat das RG es auch stets abgelehnt, die zivilrechtlichen Vorschriften über den Besitz „unbesehen" auf strafrechtliches Gebiet zu übertragen[14]):

> *„Den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Besitz, insbesondere . . . dem § 855 BGB, kommt für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen dieses tatsächlichen Verhältnisses (nämlich des Gewahrsams im strafrechtlichen Sinne) keine maßgebende Bedeutung zu": RG 52,145.*
>
> *„Gleichwie bei dieser in der Rechtsprechung des RG entwickelten Begriffsbestimmung des Gewahrsams die bürgerlich-rechtlichen Normen der früheren Landesrechte nicht ausschlaggebend waren (RG 5, 42, 219, 222; 29, 209; 30, 89), so kann es auch jetzt die Vorschrift des § 857 BGB nicht sein . . . ; denn § 242 will nicht (!) ein im bürgerlichen Recht anerkanntes Verhältnis schützen. . . .": RG 34,254.*[15])
>
> *„Der bürgerlich-rechtliche Begriff des Besitzes deckt sich nicht mit dem strafrechtlichen in §§ 242, 246. Daher läßt sich aus dem Umstande, daß der Angeklagte zur Zeit der Tat den mittelbaren Besitz hatte, für den Tatbestand des § 246 weder positiv noch negativ etwas herleiten. Das bürgerlich-rechtliche Verhältnis des mittelbaren Besitzes bedingt weder eine tatsächliche Herrschaft über die Sache noch schließt es sie aus": RG JR 1926, Rspr. Nr. 527.*

---

6) vgl. insbes. Lobe 1898 S. 16 ff. sowie die folgenden Schriften mit Nachweisungen.

7) Binding, Lehrbuch I S. 243.

8) Demgemäß wird die Übertragung der §§ 855, 857 und 868 BGB aufs Strafrecht abgelehnt; vgl. auch Micelli aaO. S. 37: Der „Besitz", der im Strafrecht uns unter dem technischen Ausdruck „Gewahrsam" entgegentritt, muß völlig losgelöst vom zivilistischen Besitz mit seinen Rechtsfolgen und Fiktionen angesehen werden, da an ihm jede Einwirkung des (neuen) bürgerlichen Rechts glatt abgleitet.

9) zu § 242 Note IV.

10) Lehrbuch S. 238.

11) GS 104, 106.

12) vgl. daselbst weitere Nachweise der Rechtsprechung.

13) vgl. die Amtliche Begründung zur Analogienovelle zu den §§ 245 a, 296 S. 45: „Unter beiden Begriffen ist strafrechtlicher Gewahrsam, nicht Besitz i. S. des BGB zu verstehen". Im neuen Recht wird die Entwicklung auch äußerlich zum Abschluß gebracht und das Wort „Besitz" gestrichen werden — also genau umgekehrt, als es Redslob (vgl. oben S. 62) vorgeschlagen hatte.

14) ohne daß wir die Unzulässigkeit dieser Übertragung aus ihrem Fiktionscharakter herzuleiten brauchten; vgl. hierüber unten S. 252.

15) Dies gegen v. Hippel aaO.; vgl. ferner RG 47, 212; 58, 228.

Deshalb kann auch derjenige, der „eine Sache nur mittelbar besitzt (§ 868 BGB), gleichwohl die tatsächliche Verfügungsgewalt über sie — neben dem unmittelbaren Besitzer — innehaben, und so auch Besitzer i. S. des § 246 StGB sein.": RG JW 1937, 1334.

Gleichwohl aber steht grundsätzlich abweichend vom bürgerlichen Recht (§ 868) der sog. „nur mittelbare Besitzer nicht in einer solchen tatsächlichen Beziehung zu der . . . Sache, wie sie beim Vergehen des § 246 StGB auf seiten des Täters unterstellt ist.": RG 37, 199.[16])

Maßgebend für die so[17]) zum Ausdruck gelangende Unabhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht war ursprünglich die Erwägung, daß „der Besitz, wenn ihm auch vom bürgerlichen Recht gewisse rechtliche Wirkungen beigelegt sind, doch nicht ausschließlich ein privatrechtliches Institut, sondern an sich und zunächst rein tatsächlicher Natur ist" (RG 12, 257). Wenn mit diesem Gesichtspunkt auch nicht — wie damals vielleicht beabsichtigt — das für eine Emanzipation in Betracht kommende Gebiet abschließend umgrenzt werden kann, so kommt doch in ihm die realistischere Natur des Strafrechts, d. h. die ihm eigene natürlichere, allen juristischen Konstruktionen und Fiktionen abgeneigte Betrachtungsweise deutlich zum Ausdruck; und erst von diesem Blickpunkt aus lassen sich neue Erkenntnisse für das grundsätzliche Verhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht gewinnen:

„Die zum Zwecke der Durchführung der Privatrechtsordnung vom BGB . . . aufgestellten Rechtsgrundsätze sind nicht schon in ihrer Eigenschaft als Rechtsvorschriften bindend, sondern können nur insoweit Beachtung finden, als sie zugleich der Auffassung des Lebens entsprechende regelmäßige Erscheinungsformen für den natürlichen Zustand der Dinge und den natürlichen Verlauf der Ereignisse wiedergeben, also Erfahrungssätze aussprechen . . . Dieser natürlichen Auffassung aber entspricht es, wenn § 856 Abs. 2 BGB vorschreibt, daß durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache der Besitz noch nicht beendet wird. Das ist für den strafrechtlichen Begriff der Innehabung zu berücksichtigen": RG 50, 184.

Deshalb kann auch „das zugrundeliegende Rechtsverhältnis . . . als Mittel der Erkenntnis für die Beurteilung des dadurch geschaffenen tatsächlichen Zustandes in Betracht kommen": RG 45, 249.

Diese Gesichtspunkte sind — über die konkrete Einzelfrage hinaus — von allgemeiner Bedeutung: Nicht weil das Zivilrecht eine bestimmte

16) Deshalb ist auch die zivilrechtliche Wirkung der Übergabe sog. Traditionspapiere strafrechtlich ohne Bedeutung (RG GA 61, 126), und deshalb kann auch der Geisteskranke und Geschäftsunfähige strafrechtlich wirksam den Besitz aufgeben (RG 2, 333; 52, 197). — Aus methodisch ähnlichen Erwägungen ist der Begriff des „Erwerbs" i. S. des § 10 des Schußwaffengesetzes nicht als Rechtserwerb i. S. des BGB, sondern als Besitzerwerb (Gegenstück zum Überlassen) zu verstehen; d. h. es genügt „jede Erlangung der tatsächlichen Gewalt, der tatsächlichen Möglichkeit, über die Sache nach eigener Entschließung zu verfügen": RG 66, 250.

17) namentlich in RG JR 1926 Nr. 527.

Regelung enthält, sondern nur insoweit, als diese zu einer bestimmten Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse geführt hat, ist sie auch strafrechtlich von Bedeutung. Denn für die tatsächlichen Verhältnisse kann ja auch das Zivilrecht „Ursache" gewesen sein[18]); auch „diese immer irgendwie vorhandene faktische Wirkung des Zivilrechts" (Emge) schafft konkrete Rechtstatsachen. Zu einem ähnlichen, wenn auch nicht ganz gleichen Ergebnis gelangt neuerdings Soltmann[19]) der u. a. ausführt, daß die Inhaltsbestimmung des auch (!) für das Strafrecht maßgebenden Grundbegriffs der „tatsächlichen Herrschaft" zunächst und grundsätzlich von der Lebensauffassung abhängig sei, daß aber „die positiven Normen des Zivilrechts über den Besitz . . . auf dem Umweg der Lebensanschauung ihren Einfluß auf das Strafrecht ausüben". Damit ist — trotz oft mißverständlicher Formulierung — ebenfalls gesagt, daß nicht das Zivilrecht als solches und seine Begriffe für das Strafrecht maßgebend sind, sondern die Lebensanschauung, die letzten Endes über das Vorliegen eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses entscheidet. Wenn diese Erkenntnis, die wir in der Tat ausschließlich der Rechtsprechung verdanken, früher und allgemein mehr beachtet worden wäre, dann hätte sich die Vorstellung von der Allgemeingültigkeit zivilrechtlicher Begriffe niemals, am wenigstens im Strafrecht, durchsetzen können. Also auch hier dürfen die zivilrechtlichen Begriffe nicht „verdinglicht", sondern nur die ihnen regelmäßig zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt werden; auch hier gilt es, die Wirklichkeit nicht auf dem Umfang über das Zivilrecht, sondern unmittelbar, und zwar in ihrer tatsächlichen, also auch durch rechtliche Gesichtspunkte beeinflußten, Gestaltung zu erfassen. Ebenso wie im Steuerrecht ist hier die Verwendung der gleichen Bezeichnung (Besitz) nur „ein Notbehelf"; und die Ausbildung eines selbständigen Begriffs des Gewahrsams stellt ein schönes Beispiel dafür dar, wie man die Dinge natürlich und sinnvoll begrifflich einfangen kann, statt durch die Brille der zivilistischen Dogmatik ihre juristische Formung als Wirklichkeit anzusehen.

Mit der so verstandenen Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung ist es schließlich durchaus vereinbar, wenn Siebert zu dem Ergebnis gelangt, der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams stimme mit dem zivilrechtlichen „unmittelbaren" Besitz „als Tatbestand" (!) überein[20]). Auch er hält die von der Rechtsprechung vertretene Unabhängig-

18) vgl. hierüber die bereits mehrfach erwähnten Ausführungen von Emge ArchZivPrax 129, 49; innerhalb der „Wirklichkeit" ist die Zivilgesetzgebung, ihre Auslegung und Verwertung (Handhabung) im Leben „Tatsache". Demgemäß haben wir bereits oben (S. 191) festgestellt, daß die zivilrechtlichen Bestimmungen insofern von Bedeutung sind, als sie die tatsächliche Gestaltung eines bestimmten strafrechtlich relevanten Verhältnisses verhindern können: RG 28, 233.

19) Strafrechtliche Abhandlungen Heft 349 S. 75 ff.

20) Strafrechtliche Abhandlungen Heft 349 S. 102.

keit des strafrechtlichen vom zivilrechtlichen Besitzbegriff für unantastbar und lehnt insbesondere die Übertragung der §§ 855, 857, 868 BGB auf das Strafrecht ab. Da er außerdem die Begriffsbestimmung des Besitzes (Gewahrsams) in einem spezifisch strafrechtlichen Sinn umschreibt als „diejenige Beziehung einer Person zu einer Sache, vermöge deren die Person als Herr der Sache erscheint"[21]), brauchen wir für die Zwecke unserer Arbeit auf die Einzelheiten der Siebertschen Untersuchung nicht näher einzugehen, insbesondere nicht zu prüfen, ob dieses Ergebnis „für das Strafrecht völlig neu, für das Zivilrecht fast neu" ist[22]), sondern können uns mit der Feststellung begnügen, daß das Ergebnis der Arbeit von Siebert den besonderen Bedürfnissen des Strafrechts genügend Rechnung trägt und jedenfalls eine unheilvolle Bindung ans Zivilrecht verhindert.

2. Daß die Rechtsprechung des RG auch hinsichtlich des Sachbegriffs, den wir nunmehr zu prüfen haben, „dem Einfluß der übermächtigen zivilistischen Doktrin nicht erlegen ist", hat bereits Wolf in seiner Abhandlung über den Sachbegriff im Strafrecht[23]) als „eins der großen wissenschaftlichen Verdienste des RG" bezeichnet. Wenn wir uns auch den zum Teil kühnen Ergebnissen der Untersuchung[24]) nicht anschließen können, so stimmen wir doch hinsichtlich der uns interessierenden Frage nach der grundsätzlichen Unabhängigkeit des Strafrechts und seiner Begriffsbildung mit der Auffassung Wolfs durchaus überein und dürfen deshalb insoweit auf ihn Bezug nehmen. Mit Recht geht Wolf davon aus, daß der „spezifisch strafrechtliche Sachbegriff" zunächst selbständig gefunden werden müsse[25]), da kein strafrechtlicher oder verfassungsrechtlicher Satz außerhalb des StGB existiere, der in der Sprache des öffentlichen Rechts den Dienst einer Sachbegriffsbestimmung leiste, daß die Sachdefinition in § 90 BGB — schon weil sie historisch jünger ist als das Strafgesetz — eine über den Rahmen des bürgerlichen Rechts hinausgehende allgemeine Bedeutung nicht beanspruchen könne und kein zwingender Grund bestehe, die zivilrechtliche Definition aus Gründen einheitlichen Sprachgebrauchs auch nur innerhalb der neueren Strafrechtssprache anzuerkennen[26]). Diese Erkenntnis, die in der Rechtsprechung, namentlich in den Entscheidungen über die Frage des Elektrizitätsdiebstahls, besonders deutlich zum Ausdruck kommt und ihr ausschließlich zu verdanken ist, braucht hier lediglich in ihren einzelnen Auswirkungen dargestellt zu werden:

Bereits das Preußische Obertribunal hatte die Unabhängigkeit des strafrechtlichen Sachbegriffs von den Normen der Landesprivatrechte hervorgehoben[27]) und betont, daß die Vorschriften des StGB „wesentlich aus diesem erklärt und seine Wortbegriffe, dem Zweck des Strafrechts gemäß, stets so aufgefaßt werden müßten, wie sie dem gewöhnlichen Leben am nächsten stehen." RG 29, 114 bestätigte diese Auffassung, daß der strafrechtliche Begriff der beweglichen Sache ein einheitlicher, selbständiger, öffentlich-rechtlicher sei und nach dem natürlichen Wortsinn und dem Sprachgebrauch des StGB (RG 24, 50), also nicht wegen einer etwaigen Bindung an zivilrechtliche Normen und Gedankengänge, Körperlichkeit des Gegenstandes zur Voraussetzung habe[28]), und zwar mit dem gerade für uns bemerkenswerten Zusatz: „In der natürlichen Anschauung ist der Ursprung der einfachen Rechtsbegriffe zunächst zu suchen". Die Loslösung von zivilistischen Begriffsfesseln und die Ausrichtung am Sprachgebrauch des natürlichen Lebens sind hierin so deutlich, daß sie durch die weitere, von Wolf[29]) bereits getadelte Hilfserwägung, der strafrechtliche Begriff der beweglichen Sache i. S. des § 242 StGB werde „sich künftighin mit dem des bürgerlichen Rechts (§ 90 BGB) in Einklang befinden", in ihrer grundsätzlichen Bedeutung nicht beeinträchtigt wird. Denn zunächst würde diese — nur zufällige, nicht notwendige — Übereinstimmung nicht auf eine begriffliche Bindung ans Zivilrecht zurückzuführen sein und noch weniger der Annahme einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildung hindernd entgegenstehen[30]). Im übrigen wirft hier offensichtlich bereits das Merkmal „fremd" i. S. des § 242 StGB, das in der Tat vom Zivilrecht abhängig ist[31]), seine Schatten voraus. Demgegen-

21) aaO. S. 124.

22) vgl. z. B. RG 43, 13: „Der Begriff (Gewahrsam) deckt sich daher wesentlich mit dem des Besitzes i. S. des BGB, und zwar in der ihm durch die §§ 854, 855 daselbst gegebenen Einschränkung." — Die Erörterung des grundsätzlichen Verhältnisses zwischen dem Zivil- und Strafrecht, die — wie damals üblich — unter dem Gesichtspunkt der Akzessorietät des Strafrechts erfolgt, ist bei Siebert reichlich knapp; vor allem darf der Gegensatz der beiden Fragen (S. 8): konnte der Strafgesetzgeber selbständig vorgehen und ist er tatsächlich selbständig vorgegangen? nicht übertrieben werden; vgl. oben S. 38 N. 56.

23) RG Festgabe Bd. V S. 44, 56 ff.

24) vgl. oben S. 111 N. 10.

25) aaO. S. 45 Note 9 mit Schrifttum.

26) so die Formulierung von Wolf aaO.

27) vgl. Stenglein n. F. Bd. 4, 164: „wenn nicht die Satzungen dieses Gesetzbuchs, der dabei erstrebten Einheit zuwider, der verschiedensten Auslegung unterworfen sein sollten." (entnommen aus RG 29, 114).

28) Die oft beanstandeten Entscheidungen über den sog. Elektrizitätsdiebstahl sind also jedenfalls nicht auf zivilistische Erwägungen gegründet. Die lebhaft zu begrüßende Feststellung der Leitsätze des Reichsrechtsamts der NSDAP (Besonderer Teil S. 121): „Eine Beschränkung auf den engeren bürgerlich-rechtlichen Sachbegriff ist nicht gerechtfertigt", muß deshalb etwas anders und umfassender begründet werden. Vgl. neuerdings ausführlich über die Emanzipation des strafrechtlichen Sachbegriffs Kohlrausch, Schlegelberger-Festschrift S. 210 ff.

29) aaO. S. 56 Note 38.

30) Dasselbe haben wir bereits oben S. 178, 204 hinsichtlich der §§ 1590 Abs. 2, 856 Abs. 2 BGB festgestellt.

31) vgl. hierüber unten S. 290. Es hat offenbar auch die in Hinblick auf die dargelegte Rechtsprechung eigentlich unverständliche Bemerkung Kohlrauschs (bei

über muß — auch nachdem der Gesetzgeber durch den Sondertatbestand des unbefugten Gebrauchs elektrischer Energie eine zu weitgehende Ausdehnung des strafrechtlichen Sachbegriffs verhindert hat — daran festgehalten werden, daß § 90 BGB die nach dem natürlichen Sprachgebrauch des Lebens dem „Kulturbegriff" Sache zukommende strafrechtliche Bedeutung juristisch nicht umgeformt hat[32]).

Seine Unabhängigkeit vom Zivilrecht zeigt sich schließlich noch in der Auslegung des früheren § 266 Nr. 1 StGB (a. F.); denn der Begriff der Sache i. S. dieser Bestimmung „greift über den engeren Begriff, wie ihn das BGB in § 90 umgrenzt", hinaus und umfaßt Vermögensgegenstände jeder Art, also z. B. auch Forderungen[33]). Auch die neuere Entscheidung RG 64, 313 scheint sich bewußt von einer Anlehnung ans Zivilrecht fernhalten zu wollen, wenn sie die — von den Zivilsenaten des RG verneinte — Frage, ob der menschliche Leichnam eine Sache sei, für das Gebiet des Strafrechts offen läßt, gleichzeitig aber andeutet, daß gegen eine Entscheidung i. S. der zivilrechtlich herrschenden Lehre jedenfalls strafrechtliche Bedenken möglich seien, da § 168 StGB den menschlichen Leichnam als Objekt des Strafschutzes, d. h. doch wohl als körperlichen Gegenstand anerkenne[34]). Ebenfalls abweichend vom Sprachgebrauch des BGB sind unter „Gegenständen" i. S. des § 40 StGB nur

Gürtner, Besonderer Teil S. 475), es gelte als „selbstverständlich" (!), daß der Sachbegriff „i. S. von § 90 BGB zu verstehen sei", entscheidend beeinflußt. Auch im übrigen sind die Ausführungen von Kohlrausch über die Vermögensdelikte wenig „emanzipationsfreundlich" eingestellt.

32) Auch die Anerkennung der sog. Sachwerttheorie im Gegensatz zur Substanztheorie über die Frage der Zueignung einer Sache, auf die wir alsbald noch zu sprechen kommen, ist ein Beweis für die Unabhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht.

33) RG 38, 191; 24, 50; 12, 185. Dieselbe Auslegung hatte RG 12, 185 mit beachtlichen Gründen für das Gebiet des § 137 StGB vertreten; und wenn diese Rechtsprechung auch durch die Plenarentscheidung 24, 50 aufgegeben wurde, so ist dies jedenfalls nicht in Hinblick auf eine Bindung ans Zivilrecht geschehen, sondern mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Tatbestands, dessen Entstehungsgeschichte und Zweckbestimmung einer derartigen Auslegung entgegenstand; vgl. ausführlich Binding II S. 608. An der grundsätzlichen Selbständigkeit des Sachbegriffs im Strafrecht ist aber festgehalten.

34) Im Ergebnis wurde Sachbeschädigung wegen Sektion der Leiche ohne Erlaubnis der Angehörigen des Verstorbenen verneint, da es jedenfalls an dem Merkmal der „Fremdheit" i. S. des § 303 StGB fehle; vgl. hierüber v. Hippel Lehrbuch S. 366 Note 9; in diesem Zusammenhang ferner RG 69, 287: Danach ist die Beseitigung eines totgeborenen Kindes nach Sprachgebrauch und deutscher Volksanschauung als Beseitigung eines „Leichnams" gemäß § 367 Nr. 1 StGB strafbar. Die für die Gegenmeinung angeführten Gründe „laufen im wesentlichen auf die Übertragung römisch-rechtlicher Anschauungen über den Begriff ‚Sache' und über die Verkehrsfähigkeit von Sachen auf den hier fraglichen Begriff hinaus. Diese Art der Beweisführung erscheint gegenüber den vorstehenden Ausführungen nicht stichhaltig."

körperliche Sachen, nicht auch Forderungen und andere Rechte zu verstehen (RG 57, 232).

3. Neben der Wortauslegung nach dem natürlichen Sprachgebrauch des Lebens und der Entstehungsgeschichte der strafrechtlichen Begriffe sind also stets auch noch die übrigen vom Strafgesetz selbst aufgestellten Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen. Das hat zwar zur Folge, daß wir keinen für das ganze Gebiet des StGB geltenden einheitlichen Sachbegriff aufstellen können[35]), wohl aber dürfen wir allgemein sagen, daß auch hinsichtlich des Sachbegriffs die Emanzipation des Strafrechts in dem erforderlichen Maße von der Rechtsprechung durchgeführt worden ist und daß diese — im wesentlichen anerkannte — Entwicklung weniger ein Beispiel für eine bloße „Begriffsnuancierung"[36]) darstellt als vielmehr einen Beweis für die Ausbildung einer spezifisch strafrechtlichen, selbständigen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik.

Ihre Auswirkungen können wir auch hinsichtlich weiterer Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB feststellen, die mit dem Begriff des Gewahrsams und der Sache eng zusammenhängen: Die bekannte „realistischere" Natur des Strafrechts und seiner Begriffe zeigt sich zunächst in der Übersetzung des Merkmals „beweglich" in „tatsächlich bewegbar"[37]) und führt so zu einer weiteren Abweichung von den Grundsätzen des BGB. Die Sache muß „im natürlichen, nicht im privatrechtlichen Sinne"[38]) beweglich sein, d. h. die zivilrechtlichen Grundsätze über die Gleichbehandlung des Zubehörs und die Lehre von den Bestandteilen sind auf das strafrechtliche Gebiet keinesfalls übertragbar, wie das RG mehrfach festzustellen gezwungen war:

> *„Die zivilrechtliche Gleichbehandlung des Zubehörs mit der Hauptsache kann nicht als ein für das Strafrecht maßgebendes Prinzip anerkannt werden", insbesondere deshalb nicht, „weil das Zubehör nicht immer eine derartig mit der Hauptsache gleiche Beschaffenheit hat, daß eine gleichmäßige strafrechtliche Behandlung mit den positiven Vorschriften des Gesetzes vereinbar wäre. Man wird also anerkennen müssen, daß ein Gegenstand, der für sich allein Objekt einer gegen ihn gerichteten Straftat war, auch strafrechtlich nur für sich allein und in der ihm anhaftenden natürlichen Beschaffenheit in Betracht kommt, ohne daß zivilrechtliche Beziehungen zu anderen Gegenständen seine natürliche Beschaffenheit zu ändern und damit den Charakter der Straftat zu beeinflussen vermöchten": RG 18, 129.*

35) Übrigens eine Selbstverständlichkeit, wenn man bedenkt, daß der Begriff an ganz verschiedenen Stellen, keineswegs nur als Tatobjekt, sondern auch als Modalität der Handlung verwendet wird; vgl. Wolf aaO. S. 45.

36) so Wolf aaO. S. 46; über die von Wolf behauptete „normative" Eigenschaft des Sachbegriffs als eines wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmals vgl. unten S. 321 ff.

37) so Frank zu § 242 Note II.

38) so Olshausen zu § 242 Note 4 S. 1110.

Deshalb können z. B. Weinbergpfähle, aber auch eingewurzelte Baumstümpfe (RG 9, 73) und Torf (RG 21, 27), wie alle sonstigen Bestandteile einer beweglichen oder unbeweglichen Sache — unabhängig von ihrer zivilrechtlichen Behandlung — taugliche Objekte des Diebstahls sein, auch wenn sie zum Zweck der Aneignung, z. B. von einem Grundstück getrennt und dadurch erst zu beweglichen Sachen gemacht werden müssen[30]). Selbst diese, heute selbstverständliche, Abweichung vom Privatrecht erscheint uns nicht zu unbedeutend, um sie hier nicht zu erwähnen und als weiteres Glied in der Kette unserer Beweisführung zu benutzen. Denn sie ist gerade wegen ihrer Einfachheit geeignet, die sachlich gebotene Verschiedenheit der Beurteilung desselben Wirklichkeitsausschnittes von den verschiedenen Standpunkten mehrerer Rechtsgebiete darzustellen, und kennzeichnend für die „realistischere", d. h. natürlichere, derartige juristische Konstruktionen ablehnende Betrachtungsweise des Strafrechts. Die Abweichung wird im neuen Recht, das aus Gründen der volkstümlicheren Ausdrucksweise auf die Hervorhebung der „Beweglichkeit" der Sache durchweg ganz verzichtet, ohne jedoch auch Grundstücke mit zu umfassen, noch deutlicher sichtbar werden.

In Hinblick auf diese Emanzipation einzelner Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB ist es nicht weiter auffällig, daß auch der Begriff „zueignen" nicht in Anlehnung an privatrechtliche Gesichtspunkte, etwa i. S. der Ausübung des Eigenbesitzes (§ 872 BGB), ausgelegt werden darf[40]). Hierauf hat bereits Schaffstein in einer gerade vom Methodenstandpunkt aus aufschlußreichen Untersuchung[41]) über die sog. Substanz- und Sachwerttheorie mit Recht hingewiesen:

> *„Indem die formale Auffassung das Zueignungsobjekt naturalistisch-physikalisch, die Zueignungshandlung aber nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen sucht, verkennt sie die Selbständigkeit strafrechtlicher Begriffsbildung."*

In Wahrheit dürfe gerade hinsichtlich des Merkmals „zueignen" der Spielraum innerhalb der nach dem Wortlaut noch vertretbaren Auslegungshypothesen keineswegs durch die Möglichkeiten der Eigentumsausübung oder des Eigentumserwerbs i. S. des BGB beschränkt werden. Mit Recht hat das RG durch die Anerkennung der sog. Sachwerttheorie[42]) eine weitere Annäherung an die tatsächlichen, d. h. hier die wirtschaftlichen, Verhältnisse vollzogen und damit ebenfalls zur Ausmerzung der formalen, zivilrechtlich ausgerichteten Betrachtungsweise in einem Maße beigetragen, das — wie die bekannten Auswirkungen beider Theorien zeigen — von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist[43]).

39) vgl. RG 5, 42; Binding I S. 276 zu § 246: „Bewegliche Sachen, das sind, ganz realistisch aufgefaßt, alle, welche weggenommen, also von Ort zu Ort bewegt werden können."

40) wie dies z. B. v. Hippel aus seiner abweichenden Grundeinstellung heraus behauptet (Lehrbuch S. 240 Anmerkung); ebenso nicht i. S. einer „Aneignung" gemäß § 958 BGB; so zutreffend Binding I S. 267 („weicht fundamental davon ab").

41) GS 103, 295 ff.

42) z. B. RG 40, 12; 57, 199 und später in ständiger Rechtsprechung. Die durch den tatsächlichen Erwerb bereicherte Vermögensmasse braucht dem Täter nicht einmal zivilrechtlich zuzustehen; es genügt, daß sie tatsächlich seinem wirtschaftlichen Machtbereich untersteht: RG JW 1929, 2729.

Als weiteres Beispiel für die Loslösung vorwiegend tatsächlicher Begriffe von zivilistischen Bindungen und Gedankengängen sei schließlich noch der Begriff des Menschen angeführt, weil bei ihm ebenfalls die selbständige Begriffsformung vom Standpunkt der strafrechtlichen Zwecke aus sichtbar wird. Das Tatbestandsmerkmal des Menschen i. S. der § 211 ff. StGB deckt sich nicht mit dem entsprechenden Begriff des § 1 BGB. Das hat bereits RG 1, 447 unter Hinweis auf § 217 StGB[44]) hervorgehoben und dabei gegenüber der zivilistischen Beweisführung der Revision darauf hingewiesen, daß die Grundsätze des Privatrechts — nach denen die Rechtspersönlichkeit des Menschen erst mit der Vollendung der Geburt, nicht wie im Strafrecht mit dem Einsatz der Geburtswehen beginnt — und damit dieser zivilrechtliche Begriff nicht ohne weiteres auf strafrechtliches Gebiet übertragen werden dürfe, da die Terminologie des StGB nicht überall mit der der Zivilgesetze zusammenfalle. Deshalb begeht die Hebamme, die während der Geburt die Frucht im Mutterleibe verletzt, Körperverletzung[45]). Diese Entscheidung ergibt sich aus dem Zweck des Gesetzes, sie entspricht „der durchaus realistischeren Betrachtungsweise des Strafrechts"[46]) und soll vor allem die Strafbarkeit unabhängig machen von den Zufälligkeiten, wieweit der Geburtsakt fortgeschritten ist (RG 9, 133).

Wir verkennen nicht, daß diese letzteren Beispiele — für sich allein betrachtet — für die Erhärtung der Auffassung, daß es sich um grundsätzliche und wichtige Fragen der methodologischen Einstellung, um Gegensätze der Richtung handelt, vielleicht weniger geeignet sind. Wir glauben aber, daß sie in diesem Zusammenhang in einem anderen Lichte erscheinen und zum mindesten für die Gesamtdarstellung der Emanzipation des Strafrechts Bedeutung gewinnen. Auch der naheliegende Einwand, daß es sich um Selbstverständlichkeiten handele, die allenfalls früher eine gewisse Rolle gespielt haben, heute aber überholt seien, mag für die Einzel-

43) Daß die rechtswidrige wirtschaftliche Ausnutzung des Substanzwerts einer Sache keine „Zueignung" darstellen soll, läßt sich heute kaum noch vorstellen. Die Frage hängt weitgehend auch von der Auslegung des Begriffs der Sache ab, läßt sich aber davon nicht scharf trennen und pflegt herkömmlicherweise in diesem Zusammenhang erörtert zu werden. Es fällt auf, daß sich vornehmlich die Gegner der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts für die Substanztheorie, also gegen das RG entschieden haben; vgl. z. B. Gerland S. 575, v. Hippel aaO; anders allerdings gerade Frank zu § 242 Note VII S. 518.

44) Tötung eines „Menschen" in der Geburt.

45) RG 26, 179; GA 54, 288.

46) so Binding I S. 37/38.

fälle oft zutreffen, nicht aber für die Methodenfrage, deren Darstellung sie ausschließlich dienen, die immer wiederkehrt und für deren richtige Entscheidung auch diese scheinbar selbstverständlichen Gesichtspunkte mit ihrer längst vergessenen oder nicht beachteten Problematik wichtig sind.

4. Das beweist sehr lehrreich die Auswertung der Rechtsprechung zu dem ebenfalls wohl mehr tatsächlichen als spezifisch rechtlichen Begriff des „Beschäftigens". Bereits vor langer Zeit hatte RG 12, 429 anerkannt, daß unter den im § 119 Abs. 2 (jetzt § 119b) der Gewerbeordnung bezeichneten Personen, „welche für bestimmte Gewerbetreibende außerhalb der Arbeitsstätten der Letzteren mit der Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt sind", nicht nur solche Personen zu verstehen seien, die zu dem Gewerbetreibenden in einem vertragsmäßigen Dienstverhältnis stehen, sondern daß zur Gewährung des strafrechtlichen Schutzes (gegen die Nichteinhaltung des Verbots des sog. Truckſystems) ein „tatsächlich" bestehendes Verhältnis der bezeichneten Art genüge[47]). Gegenüber der Revision, die sich ausschließlich auf dem ziviliſtischen Vertragsrecht entnommene Gesichtspunkte stützte, hob das RG mit Recht hervor, daß schon nach dem Wortlaut des Gesetzes ein tatsächlich bestehendes Verhältnis dieser Art geschützt werde und daß „auch bei einem solchen der Grund des Gesetzes . . . nicht minder anschlägt als bei einem bestimmt formulierten Vertragsverhältnis . . .".

In Hinblick auf diese — allerdings kaum beachtete — Entscheidung des RG ist es bedauerlich, daß das OLG Köln neuerdings (DJ 1937, 358) bei der Auslegung des Begriffs des „Beschäftigens" i. S. des Blutschutzgesetzes sich dieser Ansicht verschlossen und den entgegengesetzten Standpunkt vertreten hat, und zwar in einer Entscheidung, deren Begründung namentlich methodisch wichtig und — weit über den Einzelfall hinaus — von allgemeinem Interesse ist[48]). Es handelte sich um die Frage, ob lediglich der (inzwischen verstorbene) jüdische Ehemann, der als Haushaltungsvorstand Dienstverträge mit den deutschblütigen Hausangestellten geschlossen hatte, auf Grund des Blutschutzgesetzes[49]) bestraft werden könne oder auch die jüdische Ehefrau, die den Hausangestellten die Arbeiten zugewiesen und sie beaufsichtigt hatte. Die Entscheidung dieser Rechtsfrage hängt, wie der Senat richtig hervorgebt, davon ab, „ob der Begriff des „Beschäftigens" i. S. des Blutschutzgesetzes nach rechtlichen (d. h. zivil-

47) Der Angeklagte hatte Korbmachern, die aus tatsächlichen Gründen, jedoch ohne vertragliche Bindungen, ausschließlich für ihn Heimarbeiten verrichteten, Waren zum üblichen Verkaufspreis „kreditiert" und diesen mit dem für die gelieferten Körbe zu zahlenden Entgelt verrechnet. Die Revision wollte die Korbmacher nicht als „abgelohnte Arbeiter", sondern — mangels eines Dienstvertrags — als selbständige Verkäufer der Körbe betrachtet wissen.

48) vgl. von Schroeter JW 1937, 1165: „Es ist das erste Urteil, das sich in ausführlichen und sorgfältigen Darlegungen mit den aufgetauchten Streitfragen auseinandersetzt."

49) nämlich der §§ 5 Abs. 3, 3 i. V. m. § 12 Abs. 2 d. Ersten AusfVO.

rechtlich-rechtsgeschäftlichen) oder nach tatsächlichen (d. h. spezifisch strafrechtlichen) Gesichtspunkten bestimmt werden soll". Lege man das Gesetz „nach der rechtlichen Seite hin aus", so sei die Rechtslage klar und eindeutig: nur der Vertragspartner i. S. des BGB kommt als Täter in Betracht, alle anderen Personen können nur wegen Teilnahme zur Verantwortung gezogen werden.

> *„Im Gegensatz hierzu läßt sich nun auch die Auffassung vertreten, daß die Auslegung des Begriffs ‚beschäftigen' nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten, sondern rein praktisch nach der tatsächlichen Seite dahin vorzunehmen ist, wer den entsprechenden Auftrag zur Arbeitsleistung in einem jüdischen Haushalt an die deutschstämmigen Hausgehilfen erteilt hat. Diese Auslegung führt dazu, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen Person aufzuerlegen, die tatsächlich den Haushalt führt und die erforderlichen Anordnungen trifft, also in den meisten Fällen der Ehefrau. Es ist nicht zu verkennen, daß auch für diese Auffassung manche Gesichtspunkte vorgebracht werden können. Nach dem Sinne des Gesetzes sollen die weiblichen Hausangestellten vor rasseverderblichen Gefährdungen geschützt werden. Solche Gefährdung geht nun sicherlich nicht nur von demjenigen aus, der einen Arbeitsvertrag abschließt und dann auf Grund dieses Arbeitsverhältnisses ein Mädchen mit Haushaltsarbeiten beauftragt, sondern auch von demjenigen, der sie auf Grund eines mit einem anderen abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses in den jüdischen Haushalt hineinbringt und dort tätig werden läßt. Daher ist nach dem Zweck des Gesetzes eine ausdehnende Auslegung des Begriffs eigentlich geboten."*[50])

Gleichwohl hat sich das OLG Köln für die ausschließlich zivilrechtliche Betrachtungsweise entschieden, weil sonst die Feststellung, wer im Einzelfalle die Beauftragung der Hausgehilfin vorgenommen habe, auf tatsächliche Schwierigkeiten stoße, weil möglicherweise sogar mehrere Personen, und zwar nicht nur die jüdischen Eheleute verantwortlich gemacht würden, und weil es „naheliegend sei (!?), die strafrechtliche Verantwortung in Anlehnung an die klare zivilrechtliche Haftung des Haushaltungsvorstands (Ehemanns) zu regeln".

Daß wir dieser Begründung keinesfalls beitreten können[51]), ja, daß wir sie wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung für äußerst bedenklich halten, bedarf nach dem bisher Gesagten keiner Begründung mehr; wir bedauern dies besonders, weil die Problemstellung in selten klarer Weise erfaßt und nach beiden Richtungen hin dargelegt worden ist. Selbst von Schroeter[52]), der es nur als „nicht unzweifelhaft" bezeichnet, ob die versuchte Begriffsbestimmung des Beschäftigens nach rein rechtlichen Gesichtspunkten stets zu zutreffenden Ergebnissen führt, betont nachdrücklich, daß

50) in diesem Sinn ausdrücklich RG 71, 2.

51) Die Richtigkeit der Entscheidung im Ergebnis, für die auch § 12 Abs. 2 der 1. AusfVO keinen eindeutigen Anhaltspunkt gibt, interessiert hier erst in zweiter Linie.

52) vgl. dessen Besprechungen zu DJ 1937, 358 und JW 1937, 1165.

man sich „vor einer Überspannung der Anlehnung der strafrechtlichen Verantwortung an die zivilrechtliche Betrachtungsweise des Vorgangs . . hüten" und daß „die strafrechtliche Beurteilung grundsätzlich von anderen Voraussetzungen als die zivilrechtliche Würdigung ausgehen" müsse[53]). Auch die Befürchtung, daß sonst der Kreis der als Täter in Betracht kommenden Personen nicht leicht erkennbar sei und zu weit gezogen werde, sei „bei einer natürlichen Betrachtung der Dinge nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten" nicht begründet und erscheine auch in Hinblick auf den gebotenen tatkräftigen Rasseschutz nicht durchschlagend[54]). Im Ergebnis stellt die Entscheidung ein Musterbeispiel für die von uns bekämpfte sog. rechtliche, d. h. zivilrechtliche Betrachtungsweise im Strafrecht dar, einen offensichtlichen — wenn auch vielleicht unbewußten — Rückfall in das rechtsgeschäftliche Vertrags- und Anspruchsdenken, der besonders schwer ins Gewicht fällt, weil der Senat den Methodengegensatz — damit aber noch nicht die grundsätzliche Bedeutung der Problemstellung — klar erfaßt, gleichwohl aber der zivilrechtlichen Auslegung den Vorzug gegeben hat. Daß dies zu Unrecht geschehen ist, kann, nachdem auch von Schroeter die gegen die sog. tatsächliche Betrachtungsweise geltend gemachten Einwendungen und Befürchtungen im einzelnen als unbegründet bezeichnet hat, nicht mehr zweifelhaft sein. Mit Genugtuung stellen wir fest, daß auch hier die bisher schon von uns aufgezeigten Gesichtspunkte (natürlichere Betrachtung der Dinge, keine Anlehnung an die zivilrechtliche Regelung, Berücksichtigung der tatsächlichen, insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse) immer wieder zum Durchbruch kommen und sich gegen zivilistische Konstruktionen durchsetzen; und abermals erkennen wir klar, wie notwendig es ist, diese wirklich grundsätzliche Fragestellung in dem erforderlichen größeren Zusammenhang zu behandeln und vom Methodenstandpunkt aus einer Klärung zuzuführen[55]).

53) aaO.; und daß man den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht genügend Rechnung trage, wenn man die jüdische Ehefrau als die tatsächlich Verantwortliche allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme an der Tat des Ehemannes bestrafen wolle.

54) Insbesondere sei es nicht ausgeschlossen, auch eine Person zu bestrafen, die im Haushalt die Rolle der Hausfrau übernommen habe; JW aaO.

55) Einen erfreulichen Beitrag hierzu leistet auch die Entscheidung RG 36, 325, die aus ähnlichen Erwägungen als Wirt i. S. der früheren §§ 285 und 365 Abs. 2 (der im Gegensatz zu Abs. 1 den Vertreter nicht miterwähnte) nicht nur den Inhaber der Schankstätte, sondern auch denjenigen als verantwortlich betrachtet, der sie tatsächlich leitet, der tatsächlich die Aufsicht und die volle Verfügungsgewalt über sie hat:

> „Wollte man den Begriff in diesem Sinne (d. h. auf diejenigen Personen, die das Schankgewerbe als Eigentümer, Nießbraucher, Pächter oder aus einem sonstigen privatrechtlichen Grunde zu eigenem Recht und für eigene Rechnung betreiben) begrenzen, so würde die Strafvorschrift in allen den nicht seltenen Fällen versagen, in denen der „Wirt" für mehr oder minder lange Zeit abwesend ist und einen nicht fahrlässig ausgewählten, auch mit

Dieser Gesichtspunkt wird zwar in der neuesten Entscheidung RG 71, 402 ebenfalls noch nicht genügend berücksichtigt, aber es ist gleichwohl ein schöner Beweis für die Sicherheit, mit der das RG die strafrechtlich richtige Entscheidung unabhängig von zivilrechtlichen Erwägungen, insbesondere von vertraglichen Gesichtspunkten, zu finden gewöhnt ist, wenn es sich über die von uns abgelehnte, aber im Schrifttum fast ausschließlich vertretene Lehre[56]) mit der schlichten Feststellung hinwegsetzt, sie finde im Gesetz keine Stütze:

> *„Wer in seinem Haushalt einen anderen ‚beschäftigt', ist eine rein tatsächliche (!) Frage, und es ist daher auch ganz unerheblich, wer etwa den Vertrag geschlossen hat, der das Arbeitsverhältnis begründet, auf Grund dessen die Beschäftigung erfolgt ist. . . . . Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, daß die Ehefrau S. als Täterin verurteilt worden ist, obwohl nur ihr Ehemann und ihr Vater Arbeitgeber der beiden Lehrmädchen gewesen sind."*

Mit dieser Entscheidung, die wir lebhaft begrüßen, ist auch an dieser Stelle die Unabhängigkeit des strafrechtlichen Denkens gegen die Auffassung der Rechtslehre von der Rechtsprechung des RG zur Anerkennung gebracht worden; und es bleibt lediglich noch hinzuzufügen, daß diese besondere Auslegungsmethodik keineswegs auf das Anwendungsgebiet des Blutschutzgesetzes beschränkt werden darf, wenngleich ihre Bedeutung hier besonders in Erscheinung tritt.

Das beweist eindeutig die Auslegung, die nun auch der Begriff des „Arbeitsverhältnisses" i. S. des § 12 Abs. 2 I. Durchf.VO. z. Bl.Sch.G. durch RG 71, 356 erfahren hat. Auch hier hatte sich die Re-

entsprechenden Weisungen versehenen Leiter einsetzt oder in denen er infolge schwerer Erkrankung oder aus einem anderen plötzlich und ohne sein Verschulden eingetretenen Grunde an der Leitung des Betriebes verhindert ist und diese von Angehörigen oder Angestellten übernommen wird. . . . Die Beobachtung der Polizeistunde würde danach des strafrechtlichen Schutzes überhaupt entbehren. Das widerstritte aber dem Zweck des Gesetzes . . . Vom Standpunkt des polizeilichen Schutzinteresses aus sind die dem Betrieb zugrundeliegenden privatrechtlichen Verhältnisse von geringerer Bedeutung."

Diese methodischen Erwägungen (vgl. allgemein zu der aufgeworfenen Frage Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen S. 61 ff.) sind neuerdings vom KGHRR 1938, Nr. 134 (Zum Begriff des Inhabers eines Gastwirtschaftsbetriebs i. S. des GaststG.) bestätigt worden:

> „Die Vorschriften des Gaststättengesetzes sind öffentlich-rechtlicher Art. Sie werden daher durch privatrechtliche Beziehungen der Beteiligten grundsätzlich nicht berührt. . . . Entscheidend ist vielmehr, wie das Verhältnis unter Berücksichtigung der jeweiligen tatsächlichen Umstände der Allgemeinheit gegenüber sich darstellt."

Der Bestrafung des Angeklagten gemäß § 30 Nr. 1 GaststG steht deshalb nicht entgegen, daß seine Ehefrau Eigentümerin des Hauses war, in dem die Gastwirtschaft betrieben wurde, und daß die Ehegatten Gütertrennung vereinbart hatten.

56) vgl. Maßfeller JW 1935, 1935 3428; Gerber RVerwBl. 1936, 541. von Schroeter JW 1937, 1165; Schwarz, StGB zu § 3 BlSchG, 1 B, b; schließlich noch KG DJ 1938, 155 und DStrR 1938, 190.

vision auf außerstrafrechtliche Gesichtspunkte berufen und geltend gemacht, ein Arbeitsverhältnis i. S. dieser Bestimmung liege nicht vor, da der Angeklagte keinen Dienstvertrag, sondern einen Werkvertrag abgeschlossen habe. Mit Recht lehnt das RG es ab, diesem zivilrechtlichen, „formellen Unterschied" eine strafrechtlich entscheidende Bedeutung beizumessen, und abermals bekennt es sich durchaus folgerichtig zu einer spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise:

> *„Der Begriff des Arbeitsverhältnisses i. S. des Blutschutzgesetzes ist nicht derselbe wie im Arbeitsgerichtsgesetz und im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit; er bedarf vielmehr einer besonderen Auslegung, die nur unter Berücksichtigung der besonderen Zwecke des Blutschutzgesetzes erfolgen kann. Deshalb kann auch bei Vorliegen eines Werkvertrages der Begriff des Arbeitsverhältnisses i. S. des § 12 a. a. O. erfüllt sein."*

Leider ist die Rechtslehre auch hier noch weit entfernt davon, die grundsätzliche, nämlich die klar betonte methodische Bedeutung dieser Rechtsprechung[57]) richtig zu erfassen und zu würdigen.

III. Die strafrechtliche Selbständigkeit angeblich spezifisch zivilrechtlicher Begriffe.

Die Emanzipation der strafrechtlichen Begriffsbildung, die wir bisher meist bei Merkmalen untersucht und in weitem Maße bestätigt gefunden haben, die „vorwiegend und zunächst rein tatsächlicher Natur", d. h. richtiger spezifisch strafrechtliche sind, zeigt sich noch deutlicher bei den sog. rechtlichen, insbesondere zivilrechtlichen Begriffen, die scheinbar als termini technici der Rechtssprache außerhalb des Strafrechts in einem bestimmten Sinn zwingend umschrieben und deshalb von dort entlehnt worden sind. Diese festen Bausteine der Rechtsordnung, die handlichsten Werkzeuge der Rechtswissenschaft, sollten doch wenigstens berechtigten Anspruch auf Allgemeingültigkeit in den verschiedenen Rechtsgebieten erheben können! Hier verschärft sich in der Tat unsere Problemstellung, gerade hier wird sich die Theorie von der Selbständigkeit und Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung bewähren müssen, wenn sie vor den zahlreichen Anhängern des zivilistischen Denkens im Strafrecht, insbesondere des Dogmas von der begrifflichen Akzessorietät der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale, soll bestehen und diese ihre kritischsten Gegner soll überzeugen können. Denn wenn wir auch bei den zu Anfang

57) Vgl. auch OLG Dresden, HRR 1938 Nr. 194: Zur Feststellung eines „jüdischen Haushalts" i. S. des § 3 BlSchG genügt es, wenn der erwachsene jüdische Sohn lediglich bei seiner Mutter ißt und sich eine halbe Stunde in deren Wohnung aufhält. Er nimmt damit nicht nur an einem „Privatmittagstisch" teil, sondern gehört mit zur Hausgemeinschaft: „Aus den Bestimmungen der §§ 2028 BGB, 65, 66 AVG, 205a RVO, 62 Abs. 2 HGB kann die Angeklagte nichts zu ihren Gunsten herleiten, . . . denn das BlSchG verfolgt einen ganz anderen Zweck als die angeführten gesetzlichen Vorschriften".

erörterten „familienrechtlichen Begriffen", die in gewissem Sinne eine Mittelstellung einnehmen zwischen den „bloß tatsächlichen" und den „rein rechtlichen" Begriffen[1]), eine weitgehende Verselbständigung festgestellt haben, so müssen wir doch stets damit rechnen, daß wegen der besonderen Natur dieser Begriffe hierin allenfalls eine wohlbegründete Ausnahme, nicht aber ein allgemeines Prinzip anerkannt werden wird. Deshalb ist die Behandlung der sog. rechtlichen Tatbestandsmerkmale, die übrigens im Gegensatz zu den bisher behandelten „faktischen" Begriffen nicht das Schutzobjekt i. e. S. bezeichnen, sondern durchweg der Umschreibung des Täters dienen[2]), besonders wichtig und notwendig.

1. Als Beispiel für diese Fortsetzung unserer Beweisführung eignet sich am besten, ja geradezu in hervorragendem Maße, der Begriff des Bevollmächtigten, bezw. des Auftraggebers i. S. des früheren § 266 Nr. 2 StGB (a. F.), eines Tatbestands, der in ungeahnter Weise Rechtsprechung und Wissenschaft in neuerer Zeit beschäftigt hat. Die revolutionäre Wandlung der Rechtsprechung zur Untreue, die auch hier bahnbrechend vorangeschritten ist, insbesondere die völlige Abkehr vom zivilrechtlichen Denken im Strafrecht trotz scheinbar begrifflicher Abhängigkeit, läßt sich an keiner anderen Vorschrift des StGB so überzeugend nachweisen. Gerade bei diesem in den zivilistischen „Kinderschuhen der Kasuistik" stecken gebliebenen Tatbestand[3]) zeigt sich deutlich, daß der für das Strafrecht maßgebende Ausschnitt der Wirklichkeit mit den begrifflichen und dogmatischen Werkzeugen der Zivilistik nicht wesensmäßig erfaßt werden kann. Um die Begründung und Vertiefung dieser Erkenntnis bemühen sich seit der grundlegenden Untersuchung von H. Mayer[4]) und der alsbald danach einsetzenden neueren Rechtsprechung des RG zur Untreue zahlreiche Arbeiten, auf die wir hier im einzelnen nicht einzugehen brauchen, weil sie sich doch früher oder später der insoweit vorbildlichen Rechtsprechung anschließen[5]). Ihr allein verdanken wir letzten Endes die begriffliche Emanzipation, die erheblich über die Forschungsergebnisse der

1) Über grundsätzliche Bedenken gegen diesen unbedingt zu überwindenden Gegensatz, den wir lediglich als Darstellungsmittel benutzen vgl. oben S. 7 fg.

2) ohne daß sich allgemein sagen ließe, daß bei ihnen die Emanzipation des Strafrechts auf geringere Schwierigkeiten stoßen würde.

3) vgl. von Hippel, Lehrbuch S. 263, der hier die begriffliche Bindung ausnahmsweise aufgeben will und die „strafrechtliche Natur" des Bevollmächtigtenbegriffs anerkennt.

4) vgl. die „Untreue" im Zusammenhang der Vermögensverbrechen 1926; seine besondere Bedeutung für unsere Problemstellung haben wir bereits oben S. 75 fg. hervorgehoben; in Einzelfragen bleibt er jedoch häufig hinter der Rechtsprechung weit zurück.

5) Soweit sie dies nicht getan haben, sind sie heute durch die gesetzliche Neuregelung überholt. — Der Vorwurf Kempermanns (JW 1936, 3428), das RG gehe von den zivilrechtlich-gebundenen Verhältnissen des bürgerlichen Rechts aus und versuche, den Tatbestand „normativistisch zu deuten", ist durchaus unbegründet und mit Recht schon von Schwinge (daselbst) zurückgewiesen worden.

Wissenschaft hinausgeht und die heute weitgehend als abgeschlossen gelten kann. Wir begnügen uns deshalb damit, das Ergebnis dieser Entwicklung wiederzugeben, wie es in der neueren Rechtsprechung mit vorbildlicher Klarheit zum Ausdruck kommt, ohne den heute weitgehend überholten Theorienstreit wieder aufleben zu lassen, in dem der für uns entscheidende Gegensatz zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Betrachtungsweise oft untergeht, jedenfalls nicht in der erforderlichen Deutlichkeit in Erscheinung tritt:

> *„Der zum Tatbestand der Untreue nach § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB gehörende Begriff des „Bevollmächtigten" wurzelt nicht im bürgerlichen Recht und setzt mithin eine Vertretungsmacht i. S. des § 164 BGB überhaupt nicht voraus. Er ist strafrechtlicher Art und aus der Vorschrift des § 266 StGB zu entnehmen. Bei ihm handelt es sich um eine in dem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnis beruhende und deshalb von der bürgerlich-rechtlichen Gültigkeit der Vollmacht oder des sonst zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses unabhängige Pflicht (RG 41, 265/266; 61, 1/2). Das Treueverhältnis, das jene Vorschrift unter ihren Schutz stellen will, greift schon Platz, wo jemand auch nur rein tatsächlich durch das Vertrauen eines anderen bestellt wird, Handlungen im Rechtssinne für ihn vorzunehmen, und wo er eben dadurch in die Lage versetzt wird, rechtlich oder tatsächlich über Vermögensstücke des anderen zu verfügen . . . Wo in Entscheidungen der Strafsenate zu § 266 Abs. 1 Nr, 2 StGB auf das Vorliegen einer bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht, sei es auf Grund Auftrags, Gesellschafts-, Werk- oder Dienstvertrags usw. hingewiesen wird, soll damit nur gesagt sein, daß solchenfalls ein Vollmachtsverhältnis i. S. jener Strafvorschrift freilich gegeben sei, nicht aber, daß es für letzteres der bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht bedürfe. Vielmehr ist in zahlreichen Fällen vom RG betont worden, daß es für den Tatbestand der Untreue auf die Natur des zugrundeliegenden Verhältnisses, ob es bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sei oder ob es überhaupt rechtlichen Bestand habe, nicht ankomme.": RG 61, 230.*[6])

Es ist bekannt, daß der Weg bis zu diesem Ergebnis nicht leicht war; und wie groß der Abstand und wie tief der Gegensatz ist gegenüber der von den Anhängern des zivilistischen Denkens vertretenen Auffassung, das zeigen am besten die Ausführungen von Lobe, der — obwohl er sich als Einziger äußerst verdienstvoll um die Lösung unserer allgemeinen Fragestellung bemüht, — noch im Jahre 1930[7]) die geschilderte Rechtsprechung vom streng zivilrechtlichen Standpunkt und mit ausschließlich zivilrechtlichen Beweisgründen bekämpft. Er unterscheidet zwar an sich

6) „Ebensowenig ist es für den Tatbestand des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB von rechtlicher Bedeutung, ob die Verfügungen des Täters von ihm im Namen des „Auftraggebers" oder in eigenem Namen getroffen und ob sie durch die Vertretungsmacht überhaupt gedeckt werden": RG aaO.

7) Festgabe für Frank S. 52 ff., nachdem die neuere Rechtsprechung des RG zur Untreue sich bereits durchgesetzt hatte.

durchaus richtig gemäß der aus Art. 4 EGBGB folgenden verfeinerten Fragestellung, ob das StGB auf das zur Zeit seiner Entstehung geltende oder auf das jeweilige Privatrecht verweisen wollte[8]); aber er sieht die dritte Möglichkeit, daß das StGB überhaupt nicht verweisen, sondern einen völlig selbständigen Begriff einzuführen beabsichtigte, überhaupt nicht und lehnt deshalb die Auffassung des RG, der Begriff des Bevollmächtigten wurzele nicht im bürgerlichen Recht und sei deshalb von den Vorschriften des Zivilrechts unabhängig, als grundfalsch ab[9]). „So wenig es ein zivilrechtliches Eigentum gibt, so wenig gibt es eine strafrechtliche Vollmacht", und eine „bloß tatsächliche Bestellung zum Bevollmächtigten . . . gibt es garnicht". Da die unmittelbare Stellvertretung im bürgerlichen Recht geregelt werde, müsse dieses auch für das Gebiet des Strafrechts entscheidend sein[10]).

Die verhängnisvollen Folgen dieser privatrechtlichen Auffassung des Bevollmächtigtenbegriffs und des ganzen Untreuetatbestandes sind neuerdings nochmals von Dahm[11]) in Hinblick auf das neue Recht überzeugend zusammengefaßt worden. Es genügt auf das Erfordernis der zivilrechtlichen Gültigkeit der Vollmacht hinzuweisen[12]), um die Unmöglichkeit einer Bindung des Strafrechts an zivilrechtliche Zufälligkeiten und Gestaltungen, um die Notwendigkeit und teleologische Richtigkeit der tatsächlichen Betrachtungsweise[13]) als Grundprinzip strafrechtlicher Auslegungsmethodik darzutun[14]). Die gesamte Rechtsprechung des RG zur Untreue macht

8) vgl. hierüber oben S. 25 fg.

9) Da schon zur Zeit der Entstehung des StGB der Begriff der unmittelbaren Stellvertretung in zivilrechtlichen Gesetzen bekannt gewesen sei, müsse auch angenommen werden, daß das StGB mit dem Begriff der Vollmacht den der unmittelbaren Stellvertretung verbunden habe.

10) Ebenso früher Frank zu § 266 Note II 2 gegen das tatsächliche (!) Vertrauensverhältnis; „denn auch sonst steht es grundsätzlich fest, daß bürgerlich-rechtliche Begriffe, wie sie im Strafrecht auftreten, i. S. des bürgerlichen Rechts zu verstehen sind." Auch H. Mayer (Untreue) dringt noch nicht weit genug zur tatsächlichen, d. h. spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise durch.

11) vgl. Das kommende Strafrecht, Besonderer Teil S. 451.

12) Über diese Gruppe von Fällen der zivilrechtlichen Nichtigkeit strafrechtlich erheblicher Rechtsverhältnisse vgl. unten S. 268.

13) d. h. einer spezifisch strafrechtlichen Methode; hier zunächst freilich nur als Gegensatz wichtig; auch sie muß natürlich zu einer positiven konkreten Inhaltsbestimmung des „Treubruchs" führen.

14) Ein weiteres Beispiel ist die strafrechtliche (= tatsächliche) Bevollmächtigteneigenschaft der verantwortlichen Organe einer juristischen Person (Bankhaus) gegenüber deren Kunden. Da zivilrechtliche Rechtsbeziehungen nur zwischen den Kunden und der juristischen Person einerseits und zwischen letzterer und ihren Organen andererseits, nicht aber zwischen den Kunden u. den Organen unmittelbar bestehen, können letztere nur als von den Kunden „tatsächlich bevollmächtigt" angesehen und nur dann wegen Veruntreuung von Kundengeldern zugunsten der Bank bestraft werden; vgl. hierüber näheres bei Bruns 1931 S. 24 ff. und DJ 1934, 1592. In Hinblick auf diese spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise wäre es auch ver-

in vorbildlicher Weise die allgemeine Entwicklung von der zivilrechtlich gebundenen zur spezifisch strafrechtlichen Auslegungsmethode an Hand eines hierfür besonders geeigneten Beispiels sichtbar[15]). Diese Entwicklung spiegelt sich nun bereits in der neueren Gesetzgebung wieder: Durch die Novelle vom 26. 5. 1933 (RGBl. I S. 295), die zwar noch vom zivilrechtlichen Grundtatbestand ausging, wurde zunächst wenigstens die „tatsächlich" begründete Treupflicht als subsidiäre Grundlage der Verurteilung anerkannt[16]); und das neue Recht verzichtet ebenso wie bei der Neugestaltung des strafbaren Unterlassens völlig darauf, eine bestimmte Art der Begründung des Treupflichtverhältnisses als Voraussetzung des strafrechtlichen Schutzes zu erwähnen, und wird das tatsächlich bestehende konkrete Treupflichtverhältnis, gleich, wie es begründet wurde, strafrechtlich schützen. Damit ist hier die Vorherrschaft des Zivilrechts endgültig und vollständig gebrochen und das Strafrecht nach der Wirklichkeit ausgerichtet, die ihrerseits wieder durch zivilrechtliche Ursachen gestaltet und beeinflußt werden kann[17]).

Als weiteres Beispiel für die Unabhängigkeit des Strafrechts vom zivilrechtlichen Denken und für die Auslegung des StGB nach teleologischen Gesichtspunkten mag in diesem Zusammenhang noch der Begriff des „Stellvertreters" i. S. des § 360 Nr. 10 StGB erwähnt werden. Auch hier hat die Rechtsprechung anerkannt, daß dieser Begriff „nicht im engen juristisch-technischen Sinn zu verstehen" ist, sondern im Anschluß an den gewöhnlichen Sprachgebrauch, nämlich im tatsächlichen Sinne ausgelegt werden muß[18]). Auch diese Feststellung ist trotz ihrer gewissen Selbstverständlichkeit nicht unwichtig; sie gewinnt sogar erhöhte Bedeutung, weil wir in dem Begriff des für einen Anderen handelnden

fehlt, in Zukunft die neue Bestimmung über die Strafbarkeit der Vertreter oder Organe zur Lösung dieses Falles (vgl. RG 62, 20 u. a.) heranzuziehen.

15) Sie ist schließlich auch auf das Merkmal der „Verfügung über Forderungen" ausgedehnt worden. Die bis in neuere Zeit aufrechterhaltene Rechtsprechung über die Untreue am sog. Individualanspruch klammert sich zwar noch an zivilrechtliche Konstruktionen, beweist aber gerade durch ihre Gekünsteltheit die Unzweckmäßigkeit einer begrifflichen Bindung des Strafrechts.

16) vgl. Frank, Nachtrag S. 51 ff.; RG 69, 58; 70, 9. Sie führte den „spezifisch strafrechtlichen" Begriff der Treupflicht ein; so H. Mayer ZBl. f. HandRecht 1933, 145 ff.

17) Ähnlich hat die Rechtsprechung das Merkmal „anvertraut" i. S. des § 246 StGB stets i. S. der Einräumung einer tatsächlichen Verfügungsgewalt ausgelegt, es also nicht als „bestimmt abgegrenzten Rechtsbegriff zivilrechtlicher Natur" aufgefaßt: RG GA 48, 445; vgl. Olshausen S. 1217 Note 23. — Daß andererseits die bloß tatsächliche Verfügungsmöglichkeit eines Nichtberechtigten, z. B. wegen der zivilrechtlichen Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens, nicht die Grundlage eines Treubruchs darstellen kann, ergibt sich ohne weiteres aus dem Wesen der Untreue als der Verletzung eines Vertrauensverhältnisses: RG 63, 336; 66, 372 u. a.

18) BayrObLG HRR 1935 Nr. 152 unter Bezugnahme auf ObLG 20, 268/271.

„Vertreters" im neuen StGB ein weiteres wichtiges Beispiel für die Emanzipation des Strafrechts kennen lernen werden.

2. Ähnlich wie der Begriff des „Auftraggebers" i. S. des § 266 Nr. 2 StGB (a. F.) ist ferner auch der des „Beauftragten" i. S. des § 12 UWG als spezifisch strafrechtlicher und selbständiger anerkannt. Er ist jedenfalls nicht mit dem in den §§ 662 ff. BGB geregelten identisch, sondern gehört dem Strafrecht an und darf lediglich nach dem Grundgedanken der strafrechtlichen Wettbewerbsbestimmung ausgelegt werden[19]). „Dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift widerspräche es aber, den Begriff des Beauftragten einzuengen und nicht jeden darunter fallen zu lassen, der seine Berufung, für den Betrieb tätig zu sein, von einem anderen ableitet": RG 68, 270.

> *Er ist deshalb „in weitestem Sinn zu nehmen . . . und als strafrechtlicher Begriff nicht nach rein bürgerlichen Gesichtspunkten zu bestimmen; maßgebend sind vielmehr, ähnlich wie beim strafrechtlichen Begriff des Bevollmächtigten i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB (a. F.), die tatsächlichen Verhältnisse": RG 68, 74.*

Auf deren zivilrechtliche Erscheinungsform aber kann es nicht entscheidend ankommen; insbesondere wird das Bestehen eines Vertragsverhältnisses nicht vorausgesetzt. Beauftragter i. S. des § 12 UWG ist vielmehr jeder, der ohne Angestellter oder Inhaber des Betriebes zu sein, für den geschäftlichen Betrieb befugtermaßen tätig wird. Mit dieser Begründung haben RG 68, 74, 120 und 270 auch das stellvertretende Vorstandsmitglied einer „Postkrankenkasse", d. h. einer Personenvereinigung, die einen Krankenkassenbetrieb für die Zwecke ihrer Mitglieder unterhielt, das Aufsichtsratsmitglied einer eingetragenen Genossenschaft und den geschäftsführenden Vorsitzenden eines nicht eingetragenen Vereins als Beauftragte im spezifisch strafrechtlichen Sinn des § 12 UWG zur Verantwortung gezogen[20]). Das ist in methodischer Hinsicht deshalb besonders bemerkenswert, weil die Abweichungen vom Zivilrecht im Ergebnis nicht einmal besonders erheblich waren[21]). Gerade deshalb erscheint aber die Ausbildung eines völlig selbständigen strafrechtlichen Begriffs für unsere Beweisführung um so wertvoller. Entscheidend ist auch hier die befugte,

19) Deshalb ist auch der Irrtum über diesen Begriff als strafrechtlicher Irrtum unbeachtlich; so ausdrücklich RG 1 D 36/34, jedoch in RG 68, 120 nicht mitveröffentlicht.

20) vgl. auch die „sinngemäße Auslegung" des § 12 Abs. 2 UWG in RG 72, 62: Auch ein Mitwirken als Gründer bei einem einzutragenden Verein kann den Betreffenden als Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs erscheinen lassen, sofern der Verein zur Durchführung eines solchen Betriebs gegründet wird.

21) und weil auch im Zivilrecht zuweilen eine weitere Auslegung vertreten wird; vgl. z. B. RG DJZ 1936, 767: Beauftragte i. S. des § 13 Abs. 2 UWG können u. U. auch Genossen einer eingetragenen Genossenschaft im Verhältnis zu der Genossenschaft sein, so daß Wettbewerbsverstöße von Genossen den Unterlassungsanspruch gegen die e. G. begründen können.

tatsächliche Einnahme einer bestimmten Rechtsstellung, nicht die Art und Weise ihrer Begründung, insbesondere nicht eine bestimmte Gestaltung ihrer vertraglichen Grundlage[22]). Abermals tritt der Methodengegensatz und der strafrechtlich entscheidende Gesichtspunkt klar in Erscheinung: Keine Abhängigkeit vom Zivilrecht lediglich wegen der gleichlautenden Bezeichnung i. S. einer begrifflichen Akzessorietät, sondern selbständige Auslegung und Begriffsbildung nach dem besonderen Sinn und Zweck strafrechtlicher Vorschriften:

> *„Aus der zivilrechtlichen Vorschrift im § 13 Abs. 3 UWG läßt sich dagegen nichts ableiten. Denn dort handelt es sich um die bürgerlich rechtliche Haftung des Geschäftsherrn. Wenn dort also der Begriff „Beauftragter" im bürgerlich-rechtlichen Sinne zu verstehen wäre, was dahingestellt bleiben kann,[23]) so könnte dieser Begriff doch nicht ohne weiteres auf die Strafvorschrift in § 12 UWG übertragen werden, da für deren Auslegung als Strafvorschrift andere Grundsätze gelten müssen als für die Auslegung bürgerlich-rechtlicher Bestimmungen: RG 68, 270.*

Schlichter und überzeugender kann das Wesen der spezifisch strafrechtlichen Auslegungsmethodik und die „selbstverständliche Selbständigkeit" strafrechtlicher Begriffe nicht dargelegt werden.

3. Daß dieser Grundsatz auch hinsichtlich des Begriffs des „Vormunds" i. S. des § 174 Nr. 1 StGB, bei dem man es wohl kaum erwartet hätte, anerkannt worden ist, haben wir bereits früher in grundsätzlicher Hinsicht dargelegt[24]). Deshalb können wir hier auf die Feststellung Bezug nehmen, daß auch dieser Begriff des Vormunds ein selbständiger, spezifisch strafrechtlicher Begriff, demgemäß von bürgerlichrechtlichen Vorschriften unabhängig und lediglich aus dem Strafgesetz selbst zu bestimmen ist. „Der innere Grund des § 174 Nr. 1 StGB (aber) besteht darin, dem in der Vornahme unzüchtiger Handlungen liegenden Mißbrauch des Autoritäts- und Abhängigkeitsverhältnisses entgegenzutreten, das zwischen dem Vormund und seinem Pflegebefohlenen begründet ist" (RG 57, 327). Ein derartiges Verhältnis wird regelmäßig nur dann bestehen, wenn der Vormund „für alle" (!) Angelegenheiten des seiner Obhut und Aufsicht anvertrauten Mündel zu sorgen und dieses zu vertreten hat (RG 44, 183; 57, 326)[25]). „Von dem Verhältnis eines Pflegebefohlenen kann jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn sich die Berufung des dem Unmündigen gestellten Vertreters, also seine

22) Vgl. die Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung durch RG JW 1938, 1018 mit dem bemerkenswerten Zusatz: „Ob die betreffende Person zugleich gesetzlicher Vertreter des in Form einer Gesellschaft oder Genossenschaft geführten geschäftlichen Betriebs war, ist unerheblich."

23) vgl. hierzu die erwähnte Entscheidung RG DJZ 1936, 767.

24) vgl. oben S. 27.

25) Selbst der Begriff des „Pflegers" soll sich trotz Art. 34 EGBGB nicht völlig mit dem des BGB decken: RG 41, 389.

Funktion, ausschließlich auf die Fürsorge für dessen Vermögen beschränkt" (RG 57, 326). Ferner können z. B. der Pfleger, (§ 1909 BGB), der Beistand der Mutter (§ 1687 BGB) und der Gegenvormund (§ 1792 u. a. BGB) nicht als Vormund i. S. des § 174 Nr. 1 StGB angesehen werden; aber nicht etwa, weil sie sich zivilrechtlich in ihrer Stellung vom Vormund i. e. S. unterscheiden, sondern „weil ihre Beziehungen zu dem Kind nicht derart sind, daß dieses ihren Weisungen unterworfen, ihrer Fürsorge und Pflege anbefohlen wäre". Gerade weil diese Voraussetzungen spezifisch-strafrechtlicher Art aber erfüllt sind, fällt andererseits der Vormund eines unehelichen Kindes, dessen Mutter die Sorge für die Person ausübt, unter diese Strafbestimmung, obwohl er nach § 1707 Satz 2 und 3 BGB insoweit nur die rechtliche Stellung eines Beistands hat. Trotz der sich aus § 1793 BGB ergebenden Einschränkung seiner Rechte liegt ein wirkliches Autoritäts- und Abhängigkeitsverhältnis vor, das sich von dem des Beistandes i. S. des § 1687 BGB merklich unterscheidet (RG 58, 10). Maßgebend ist also nicht die jeweilige zivilrechtliche Bezeichnung des „Vormunds", sondern seine tatsächliche Rechtsstellung:

> *„Deshalb muß auch der Vormund i. S. der §§ 1696/97 BGB mit zu den Vormündern i. S. des § 174 Nr. 1 StGB gerechnet werden — nicht, weil er im BGB als solcher bezeichnet ist, sondern — weil ihm Rechte und Pflichten zustehen, wie sie bei Erlaß des StGB vom Gesetzgeber als Kennzeichen eines Vormunds angesehen worden sind": RG 57, 327.*

Auch hier kommt dem § 1696 BGB, der insoweit, als der Mutter noch Rechte und Pflichten geblieben sind, das Verhältnis des Vormunds zu ihr i. S. eines Beistands regelt, keine strafrechtliche Bedeutung zu[26]).

Diese Entscheidungen bestätigen abermals unsere bisherigen Erkenntnisse: Nicht der zivilrechtliche Begriff, die privatrechtliche Vorformung, sondern die tatsächlichen Verhältnisse sind entscheidend, die ihrerseits wieder von zivilrechtlichen Gesichtspunkten beeinflußt werden können. Diese, auch von uns nicht geleugnete, Rechtstatsachen schaffende und deshalb auch im Strafrecht insoweit zu beachtende Wirkung des Zivilrechts hat mit dem hier bekämpften unzulässigen zivilistischen Denken nichts zu tun. Dieses würde vielmehr etwa folgendermaßen vorgehen:

> *„Über die Zugehörigkeit zu der einen oder anderen der im Gesetz vorgesehenen Personenklassen (§ 266 Nr. 1 StGB) entscheiden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts": RG 35, 338.*

Mit Recht hat bereits H. Mayer diesen zum mindesten mißverständlichen Satz dahin richtiggestellt:

26) d. h. ein Autoritäts- und Abhängigkeitsverhältnis i. S. des § 174 Nr. 1 StGB kann also auch dann vorliegen, wenn dem Täter nicht das Recht zur Sorge für die Person des Kindes zusteht.

27) Untreue S. 124 Note 5.

„Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts entscheiden allerdings insofern, als sie die fraglichen Rechtsinstitute aufstellen. Ob diese Rechtsinstitute dann aber den Voraussetzungen des Strafrechts entsprechen, entscheidet natürlich dieses Gesetz selbst.“

und wir möchten in der Tat glauben, es könnte nach dem bisher Gesagten kein Zweifel darüber bestehen, daß die abweichende herrschende Ansicht, sogar die Meinung Lobes[28]), die zivilrechtliche Qualifikation entscheide schlechthin auch darüber, ob der Täter die erforderlichen strafrechtlichen Eigenschaften habe, nicht richtig ist. Schon die Entscheidung RG 32, 104, die zwar noch von der privatrechtlichen Natur des Begriffs „Vormund“ ausgegangen war, hatte ihm aber wenigstens „insofern strafrechtlichen Charakter“ zuerkannt, „als der Grund des Gesetzes, ein persönliches Autoritätsverhältnis, jeweils zutreffen muß.“ Diese Auffassung stellt zweifellos einen gewissen Fortschritt dar, der zwar die Frontenstellung noch nicht richtig wiedergibt, in dem aber die spezifisch strafrechtliche Selbständigkeit des Begriffs, wie sie von der späteren Rechtsprechung entwickelt wurde, im Grunde bereits erkannt ist[29]). Die zivilrechtliche Bezeichnung besagt eben nicht, daß das Strafgesetz auf bestimmte privatrechtliche Begriffe Bezug genommen und sich damit dem Zivilrecht schlechthin unterworfen hätte. Sie ist vielmehr nur ein „Notbehelf“, um ein tatsächliches Verhältnis, das erfahrungsgemäß einer bestimmten zivilrechtlichen Form regelmäßig, aber keineswegs notwendig zugrundeliegt, als strafrechtlich erheblich zu erfassen, steht aber der Ausbildung und Anerkennung spezifisch-strafrechtlicher Begriffe nicht entgegen. Mit Recht hat das RG deshalb auch den Begriff „Vormund“ i. S. des § 174 Nr. 1 StGB als strafrechtlichen Begriff i. S. seiner Irrtumsrechtsprechung anerkannt (RG 58, 10)[30]).

An dieser Stelle drängt sich nochmals die Erkenntnis auf, wie oberflächlich der Kampf gegen die Irrtumsrechtsprechung des RG[31]) zuweilen geführt worden ist, wie leicht man es sich gemacht hat, wenn man den Begriff „Vormund“ u. a. — lediglich wegen seiner Bezeichnung — dem Zivilrecht zurechnet und damit die vom RG vorgenommene Gruppierung als willkürlich darstellen zu können glaubt. Leider hat diese grundfalsche Beweisführung[32]) immer wieder Anhänger gefunden, weil sich noch niemand ernstlich der Mühe unterzogen hat, durch genaue Einzeluntersuchungen zu prüfen, ob die vom StGB verwendeten Begriffe wirklich inhaltlich mit den gleichlautenden des Zivilrechts übereinstimmen. Daß dies zum mindesten weitgehend nicht der Fall ist, hoffen wir durch die ausführliche Darstellung der Entscheidungen des RG zu beweisen, die sich — wie bereits gezeigt — durchaus auch mit grundsätzlichen Fragen methodologischer Natur beschäftigen. Im Schrifttum aber, das im wesentlichen nur das Ergebnis mitteilt, bleiben diese entscheidenden Stellen jedoch meist unerwähnt, und deshalb wird auch der — zunächst und grundsätzlich in zivilrechtlichen Gedankengängen befangene Leser — niemals vor die wirklich entscheidende Frage nach der Identität der Begriffe gestellt. So entsteht denn zwangsläufig der Eindruck, insbesondere bei dem Studenten, daß es ausgesprochene Willkür des RG sei, wenn es die „zivilrechtlichen“ Begriffe, wie Vormund, Bevollmächtigter, Beauftragter, Verlöbnis, Verwandtschaft, Schwägerschaft u. a. innerhalb seiner Irrtumslehre plötzlich (!) zu „strafrechtlichen“ Begriffen erkläre, während bei richtiger Auffassung die Eingruppierung insoweit durchweg zu Recht erfolgt ist. Die Allgemeingültigkeit der Rechtsbegriffe wird allzu leicht als unumstößliches Prinzip aufgefaßt, und zwar selbst bei den strafbegründenden Tätereigenschaften, bei denen die falsche Vorstellung einer begrifflichen Akzessorietät nicht unmittelbar aus dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes hergeleitet werden kann.

4. Die Unzulänglichkeit der Beschreibung tätertypisierender Merkmale mit zivilrechtlichen Begriffen zeigt sich noch deutlicher als bei den bisher erwähnten strafrechtlichen Tätereigenschaften bei dem „objektiv gefaßten Schuldmerkmal“ der „Unehelichkeit“ i. S. des § 217 StGB, auf dessen Bedeutung für unsere Fragestellung wir bereits in anderem Zusammenhang hingewiesen haben. Insbesondere von strafprozessualer Seite ist dies Tatbestandsmerkmal als beliebtes Beispiel für die Erhärtung der These herangezogen worden, daß das Strafrecht hier nicht den zivilrechtlichen Begriff einschließlich der in Betracht kommenden Vermutungen und Fiktionen als maßgeblich ansieht, sondern die tatsächliche Zwangslage der Mutter berücksichtigt. Daß die §§ 1590 Abs. 2, 1591 BGB aufs Strafrecht nicht übertragen werden dürfen, daß also auch ein in der Ehe geborenes Kind im strafrechtlichen Sinn des § 217 StGB unehelich sein kann, ist bereits seit langem anerkannt (RG 1, 447) und wird noch bei der Erörterung der strafrechtlichen Bedeutung zivilrechtlicher Vermutungen näher darzulegen sein. Noch neuerdings hat sich RG 68, 365 mit vorbildlicher Begründung für den Vorrang der tatsächlichen Verhältnisse vor juristischen Konstruktionen eingesetzt[33]), und deshalb halten wir es auch nicht für angängig, mit der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum[34]) dem § 1699 BGB maßgebende Bedeutung für diese strafrecht-

28) Frank-Festgabe S. 50.

29) Vom Standpunkt unserer Fragestellung aus können wir uns hier damit natürlich nicht zufrieden geben.

30) vgl. auch RG 41, 385 ausführlich.

31) Daß wir uns im übrigen nicht in die Reihe der Verteidiger der Rechtsprechung zu § 59 StGB einreihen wollen (vgl. neuerdings H. Mayer, Strafrecht S. 300 und Schmidt-Leichner, Strafr. Abhdlg. Heft 351) ist bereits mehrfach betont.

32) deren guter Zweck, das RG zur Aufgabe seiner bisherigen Irrtumsrechtsprechung zu veranlassen, nicht verkannt werden soll.

33) vgl. oben S. 193.

34) vgl. Olshausen zu § 217 Note 2.

liche Entscheidung beizumessen und die Frage der Unehelichkeit von der Bösgläubigkeit beider Ehegatten abhängig zu machen. Alle derartigen bürgerlich-rechtlichen Konstruktionen sind — strafrechtlich gesehen — Zufälligkeiten juristischer Formung, welche die tatsächliche Lage verdunkeln und deshalb auf das Gebiet des Strafrechts nicht übertragen werden dürfen[35]).

Als bemerkenswertes Beispiel für die Abweichung des Strafrechts von der zivilrechtlichen Regelung dort, wo man sie am wenigsten vermutet hätte, sei schließlich noch auf das Merkmal „arglistig verschweigen" i. S. des § 170 StGB hingewiesen, in dem herkömmlich eine zwingende Verweisung auf § 1334 BGB erblickt wird. Gleichwohl ist auch dieser Begriff von der Rechtsprechung des RG in Strafsachen abweichend vom Zivilrecht ausgelegt worden. Während § 1334 BGB nichts weiter verlangt, als daß der Getäuschte zur Eingehung einer Ehe bestimmt worden ist, die er ohne die Täuschung nicht abgeschlossen hätte, muß mit dem strafrechtlichen Vorsatz des § 170 StGB auch die Absicht verbunden sein, dem anderen Teile etwas in diesem Sinne „Arges" (Schlechtes) anzutun. Die Täuschung muß also nach Ansicht des Täuschenden gegen das Interesse des anderen Teils erfolgt sein. Deshalb ist Arglist im strafrechtlichen Sinn des § 170 StGB ausgeschlossen, wenn der Täter den anderen Ehegatten z. B. nur deshalb täuscht, um ihn durch Aufklärung über das bestehende Ehehindernis nicht unglücklich zu machen[36]). Diese herrschende Meinung im Strafrecht, die im Zivilrecht nur ganz vereinzelt vertreten wird, ist jedoch von RGZ 111, 5 abgelehnt worden, so daß wir auch hier eine Abweichung der strafrechtlichen Auslegung vom Zivilrecht, die Ausbildung eines besonderen, spezifisch strafrechtlichen tätertypisierenden Merkmals feststellen können.

IV. Die strafrechtliche Selbständigkeit vorwiegend wirtschaftlicher Begriffe.

Eine zusammenfassende Darstellung der Emanzipation strafrechtlicher Begriffe in einem besonderen Abschnitt empfiehlt sich für diejenigen Tatbestandsmerkmale, die aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten im spezifisch strafrechtlichen Sinne verselbständigt worden sind. Auch dieser bekannte Gegensatz zwischen wirtschaftlicher und rechtlicher Beurteilung, der an zahlreichen Stellen des Rechtssystems auftaucht, insbesondere im Steuerrecht und bei den Vermögensdelikten, ist nur eine besondere Erscheinungsform der unserer ganzen Untersuchung zugrundeliegenden[1])

35) vgl. auch Binding I S. 32 Note 4: Hält die Mutter das Kind „für unehelich, weil ihr vielleicht die Nichtigkeit der Ehe bekannt geworden, so ist ihre Tat als (vollendeter!) Kindsmord auch dann anzusehen, wenn nach den Satzungen des bürgerlichen Rechts die Kinder aus nichtigen Ehen als ehelich gelten sollen (§ 1699 BGB)".

36) vgl. z. B. Olshausen Note 3 zu § 170 (bestr.).

1) rein positivistischen und deshalb in Zukunft zu überwindenden.

Unterscheidung zwischen juristischer und faktischer Betrachtungsweise. Die Problematik des Verhältnisses zwischen Wirklichkeit und rechtlicher Formung hat sich aber auf wirtschaftlichem Gebiet besonders deutlich bemerkbar gemacht und zu einer Lösung geführt, die stärker beachtet worden und von allgemeiner und grundsätzlicher Bedeutung ist, sodaß sie auch hier eine gesonderte Behandlung verdient[2]). Dabei müssen wir allerdings zwei verschiedene Gesichtspunkte von vorneherein auseinanderhalten, nämlich die Umschreibung und Inhaltsbestimmung wirtschaftlicher, insbesondere vermögensrechtlicher Verhältnisse und Begriffe und die hiervon durchaus verschiedene Frage nach der „rechtlichen" Zuordnung bestimmter Vermögensrechte. Mag z. B. der strafrechtliche Begriff des Vermögens auch noch so sehr nach wirtschaftlichen Merkmalen bestimmt werden, so ist damit für die Entscheidung der Frage, wem ein wirtschaftliches Gut im Rechtssinne[3]) gehört, noch nichts gewonnen[4]).

1. Bereits früher[5]) haben wir uns gegen die — wenn auch nicht rein zivilistische, so doch — streng rechtliche Begriffsbestimmung des Vermögens durch Binding gewandt, die auch heute noch Anhänger hat[6]), obwohl sie durch die Rechtsprechung des RG längst überholt ist. Auch von der herrschenden Lehre wird heute anerkannt, daß der strafrechtliche Begriff des Vermögens, insbesondere i. S. des § 263 StGB[8]), im wesentlichen wirtschaftlicher Natur und nicht an die vom Privatrecht gezogenen Grenzen gebunden ist, daß er insbesondere über den Kreis der sog. wohlerworbenen Rechte des BGB hinausgeht und alle diejenigen Güter umfaßt, die für eine Person einen in Geld ausdrückbaren Wert haben[8]). Durch diese Begriffsbestimmung des Vermögens im wirtschaftlichen Sinn ist, wie bereits früher gezeigt, die begriffliche Akzessorietät des Strafrechts an einer Stelle durchbrochen worden, wo sie vom Standpunkt der Auffassung des Strafrechts als eines bloß akzessorischen Schutzrechts aus zwingend erschien. Diese Unabhängigkeit des Strafrechts von zivilrechtlichen Erwägungen macht sich insbesondere bei dem Begriff des

2) vgl. auch ausführlich Grünhut, RG Festgabe Bd. V S. 116 ff.: Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen.

3) unterstellt, daß es hierauf und nicht auf die wirtschaftliche Zuordnung ankommt.

4) Sie hängt mit dem Begriff des Eigentums zusammen und soll vorläufig zurückgestellt werden; für den zunächst zu betrachtenden Tatbestand des Betrugs, der lediglich eine Verschiedenheit des Täters und des Geschädigten voraussetzt, hat die Zuordnungsfrage also nur „negative" und damit untergeordnete Bedeutung. Vgl. Grünhut aaO. S. 126 und RG 44, 230.

5) vgl. oben S. 20, 55 u. a.

6) vgl. darüber die erwähnten Schriften von H. Mayer (Untreue), Hirschberg und Grünhut mit Verweisungen; ferner Gerland S. 637 und Finger GS 103, 337.

7) und des § 266 StGB; vgl. Schwinge JW 1937, 380.

8) vgl. die im folgenden erwähnten Entscheidungen des RG, die auch vom Schrifttum durchweg gebilligt werden.

Vermögensschadens i. S. des § 263 StGB bemerkbar, und zwar nach zwei Richtungen hin, die bei der Auswertung der Rechtsprechung wie folgt unterschieden werden müssen:

Welchen Grad juristischer Vorformung müssen wirtschaftliche Güter erreicht haben, um als Vermögen i. S. des § 263 StGB strafrechtlich geschützt zu werden, und welche rechtlichen Mindestvoraussetzungen müssen die Handlungen des Getäuschten erfüllen, damit der Täter wegen ihrer vermögensschädigenden Wirkung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann?[9])

Nach beiden Richtungen hin ist die Emanzipation des Strafrechts durch die interessante Rechtsprechung zu § 263 StGB kurz zu schildern: Die Entwicklung begann oder trat zum mindesten in ein entscheidendes Stadium mit der bekannten Plenarentscheidung RG 44, 230 über die Strafbarkeit des Betrugs bei unsittlichen, zivilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäften, die unter Abkehr von den früheren Grundsätzen einen besonderen wirtschaftlichen Vermögensbegriff aufstellte und so der Verselbständigung des Strafrechts den Weg ebnete. Diese Entscheidung interessiert hier vor allem wegen ihrer grundsätzlichen Stellungnahme: Der Begriff des sog. „rechtlich" geschützten Vermögens wird aufgegeben, da „der Gegensatz zwischen faktischem (wirtschaftlichem) Schaden und Schaden im Rechtssinn sich jedenfalls für den Betrug nicht mehr aufrechterhalten" läßt.

„Ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt oder nicht, hängt ausschließlich davon ab, welche tatsächliche, d. h. wirtschaftliche Wirkung der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum auf die Vermögensverhältnisse des Getäuschten ausgeübt hat. . . .[10])

Abzulehnen ist somit die in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wie auch in der Literatur häufig begegnende Anschauung: „Die Rechtsordnung" erkenne den Vermögensschaden nicht an. Man kann höchstens sagen, die Privatrechtsordnung erkennt ihn nicht an. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß auch der Strafrichter ihn nicht anzuerkennen brauche und daß er gleichfalls berechtigt sei, vor der Tatsache der Vermögensbeschädigung die Augen zu verschließen. Wer das behauptet und in der verschiedenen Behandlung des Schadenstatbestands im Privatrecht einerseits und im Strafrecht andererseits einen Widerspruch erblickt, der verkennt die Verschiedenartigkeit der Aufgabe der beiden Rechtsordnungen.[11])

Für den strafrechtlichen Begriff des Vermögensschadens (§ 263 StGB) ist es ohne Bedeutung, ob das bürgerliche Recht ihn als der Ausgleichung fähig und bedürftig erachtet. Die bürgerlich-rechtliche Verfolgbarkeit des Betrugs bildet keine unbedingte Voraussetzung der strafrechtlichen Verfolgbarkeit. Ein so weitgehendes Abängigkeitsverhältnis zwischen bürgerlichem Recht und Strafrecht, wie es von einzelnen Rechtslehrern[12]) *allerdings behauptet worden ist, besteht nicht . . . Für das Strafrecht kommt gemäß § 263 StGB nur die tatsächliche Wirkung in Betracht": RG 44, 243.*[13])

Man kann sich heute nur noch schwer vorstellen, weshalb in diesem Fall, in dem die getäuschten Personen Vermögenswerte „aus ihrem rechtlichen Vermögen" weggegeben hatten, die strafrechtliche Beurteilung auf Schwierigkeiten stieß; und in der Tat ist dies auch nur durch die völlige Befangenheit im zivilistischen Rechtsdenken zu erklären, aus der die strafrechtliche Dogmatik erst einmal befreit werden mußte[14]). Durch die Anerkennung eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs wurde die spezifisch strafrechtliche Beurteilung dann aber erheblich erleichtert: Da § 263 StGB lediglich eine wirtschaftliche Vermögensminderung voraussetzt, steht der Annahme einer Vermögensschädigung nicht entgegen, daß der gesetzliche Anspruch, dessen Durchsetzung das täuschende Verhalten des Täters verhindert, selbst unverletzt weiter besteht (RG 63, 191)[15]). Darüber hinaus darf die Frage des Vermögensnachteils bei betrügerisch verursachten Belastungen ebenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer zivilrechtlichen Verbindlichkeit geprüft werden, sondern ausschließlich nach ihren wirtschaftlich-tatsächlichen Auswirkungen. Deshalb genügt auch das Eingehen einer nicht klagbaren oder nicht erzwingbaren Verbindlichkeit, z. B. einer

9) Über die Auswirkungen des Gegensatzes zwischen tatsächlicher und rechtlicher Begriffsbestimmung des Vermögens vgl. ausführlich Hirschberg S. 281 ff. Das zweite Gegensatzpaar der subjektiven oder objektiven Begriffsbestimmung des Vermögens (vgl. Hirschberg aaO. S. 271 ff.) ist für unsere Untersuchung ohne besonderes Interesse; vgl. jedoch neuerdings ausführlich Mezger, Vermögensberechnung bei Sachwucher und Betrug (JW 1937, 1289 ff.), der auch hier ebenfalls zu einem vom Zivilrecht abweichenden Ergebnis gelangt und eine Vermögensbeschädigung auch dort bejaht, „wo — ohne Verminderung gerade des Geldwertes — durch die Täuschung eine dem Wesen des konkreten Geschäfts widersprechende Vermögenslage des Getäuschten herbeigeführt wird. Es liegt nahe, dem mit dem Beschluß der BStrS 16, 2—3 entgegenzuhalten, daß damit dem gesetzlichen Erfordernis einer „zivilrechtlichen" Schädigung nicht Genüge geleistet werde. Aber gerade in diesem Einwand zeigt sich vielleicht am deutlichsten die Notwendigkeit einer veränderten Beurteilung nach den heute maßgebenden Anschauungen."

10) Fiktionen, wie die des § 817 BGB, könnten im Bereich des Strafrechts überhaupt keine Geltung beanspruchen; vgl. unten S. 252.

11) vgl. hierüber unten S. 302.

12) vgl. RG aaO. S. 243 Note 1 mit Verweisungen auf Merkel und Binding.

13) Schon RG 24, 171 hatte sich entschieden gegen den Versuch gewandt, die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Täuschung zu einem Begriffsmerkmal des strafrechtlichen Betrugs zu erheben, und die betrügerische Vorspiegelung einer Vieheigenschaft gemäß § 263 StGB bestraft, obwohl dem Getäuschten ein zivilrechtlicher Gewährleistungsanspruch nicht zustand: „Für das Strafrecht kommt gemäß § 263 nur die tatsächliche Wirkung in Betracht, sonst müßten z. B. die gröbsten betrügerischen Ausbeutungen des Aberglaubens straflos bleiben."

14) Die neuerdings wieder von Kohlrausch (ZStrW 56, 180 und Schlegelberger-Festgabe S. 220) aufgeworfenen Bedenken gegen RG 44, 230 dürften unbegründet sein.

15) „Eine Vermögensschädigung liegt vielmehr auch dann vor, wenn der Berechtigte durch die Täuschung über das Bestehen seines Anspruchs in Unkenntnis oder Zweifel versetzt und dadurch veranlaßt wird, von der Durchsetzung seines Anspruchs, wenn auch nur zur Zeit, abzusehen:" RG aaO.

Spielschuld (RG 68, 380), und selbst bei zivilrechtlicher Nichtigkeit (!) der übernommenen Bürgschaft ist eine betrügerische Vermögensschädigung nicht ausgeschlossen:

„Denn für denjenigen, der die mündliche und deshalb rechtsunwirksame Bürgschaft geleistet hatte, kann sich eine tatsächliche Zwangslage (!) ergeben, den Geldgeber nichts verlieren zu lassen, wenn nicht seine geschäftlichen Beziehungen zu ihm empfindlich gestört werden sollten. Diese Zwangslage kann unter Umständen eine so naheliegende Gefährdung der allgemeinen Vermögenslage des „Bürgen" darstellen, daß damit schon der Tatbestand einer Beschädigung seines Vermögens gegeben war": RG 65, 109.

Auch diese Entscheidung ist über den konkreten Einzelfall hinaus deshalb von grundsätzlicher Bedeutung, weil sich in ihrer Begründung die Befreiung des Strafrechts von der Bindung an rechtliche Gesichtspunkte, die Übertragung der vorgenommenen Rechtshandlungen ins Tatsächliche deutlich und in methodischer Hinsicht vorbildlich widerspiegelt.

Diese Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse im Gegensatz zur zivilistischen Rechtslage läßt sich in ähnlicher Weise — wenn auch nicht ganz so weitgehend — auch bei der Rechtsprechung zu der Frage nachweisen, welche zivilrechtliche Mindestformung wirtschaftliche Güter erhalten haben müssen, um als Vermögen im strafrechtlichen Sinne geschützt zu werden:

„Zum Vermögen (i. S. des § 263 StGB) gehören alle wirtschaftlichen Belange einer Person, die unter dem Schutz der Rechtsordnung betätigt oder in einem geordneten Verfahren verwirklicht werden können": RG 66, 284. So wenig wie die Einordnung in das privatrechtliche Gebiet spielt die privatrechtliche Klagbarkeit dabei eine Rolle: RG 71, 334.

Deshalb rechnen auch bloße Anwartschaften als wertbestimmend zu den Bestandteilen des Vermögens im wirtschaftlichen Sinn, z. B. die tatsächliche Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit auf Zuteilung von Aufträgen, selbst wenn ein Rechtsanspruch auf die Zuteilung nicht besteht (RG 51, 209). Ebenso sind die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Vermögensschädigung erfüllt, wenn der Empfänger eines Hauszinssteuerdarlehns den Mieter einer Kleinwohnung über die Höhe des von der Behörde festgesetzten Mietszinses täuscht und ihn dadurch zur Zahlung einer höheren Miete veranlaßt. Ein bürgerlich-rechtlich begründeter oder gar klageweise verfolgbarer Anspruch des Mietes auf einen bestimmten Mietzins wird nicht vorausgesetzt, um den wirtschaftlich schwachen Mieter vor betrügerischer Ausnutzung zu schützen:

„Auch ohne einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch i. S. des § 328 BGB würde der Mieter einen sachlichen (!) Anspruch auf staatlichen Schutz der ihm zugedachten öffentlichen Fürsorge gehabt haben; dieser Anspruch stellt einen Teil des Vermögens i. S. des § 263 dar, ihn hat der Vermieter verletzt": RG 66, 284.

In allen diesen Fällen ist also ein vom Standpunkt des Strafrechts angemessenes Ergebnis durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise erreicht worden. Gerade im Hinblick auf diese Rechtsprechung erscheint es umso auffälliger, daß § 263 StGB nicht anwendbar sein soll auf das betrügerische Abhalten von der Verfolgung rechtlich nicht bestehender Ansprüche, da nur im Fall ihres rechtlichen Bestehens die Nichtverfolgung eine Vermögensschädigung bedeuten würde (RG 65, 100). Wir haben bereits früher diesen Grenzfall als Prüfstein für die Richtigkeit der Auslegungsmethodik bezeichnet und uns der Kritik Grünhuts[16]) angeschlossen, der mit Recht gegen das RG betont, daß in Hinblick auf die wirtschaftliche Natur des Vermögensbegriffs Betrug angenommen werden müsse, wenn der Getäuschte bei Kenntnis der vollen Höhe des Erlangten „die rein tatsächliche Möglichkeit" gehabt habe, den gesamten vereinnahmten Betrag zu erhalten. Diese Entscheidung kann umso weniger zweifelhaft sein, als RG 65, 109 für den umgekehrten Fall der durch Betrug veranlaßten Übernahme einer rechtsunwirksamen Bürgschaft ganz unabhängig von der zivilrechtlichen Nichtigkeit lediglich deren faktische Auswirkung, die tatsächliche Zwangslage, berücksichtigt hat. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß es sich in RG 65, 109 um die zivilrechtliche Nichtigkeit des das Vermögen tatsächlich schädigenden Rechtsgeschäfts und in RG 65, 100 um die Frage handelt, ob ein zivilrechtlich nichtiger, aber tatsächlich verwertbarer Anspruch zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört, so muß doch für beide Fälle die wirtschaftliche Betrachtungsweise in gleicher Weise entscheidend sein: Ebenso wie die tatsächliche Zwangslage das Vermögen in wirtschaftlicher Hinsicht zu schädigen geeignet ist, so kann auch die tatsächliche Möglichkeit, den zivilrechtlich nichtigen Anspruch zu realisieren, zum Vermögen i. S. des § 263 StGB rechnen. Wenn schon wirtschaftliche Gesichtspunkte den Begriff des Vermögens bestimmen, dann müssen sie in gleicher Weise gelten, unabhängig davon, ob der Geschädigte einen wirtschaftlichen Wert erhalten oder verlieren soll. Es ist schwer einzusehen, weshalb einmal die Übersetzung ins Tatsächliche durchgeführt, ein anderesmal an der privatrechtlichen Vorformung sogar in vollem Umfang festgestalten werden soll. Auch die Beweisschwierigkeiten sind in beiden Fällen gleich groß und bilden ohnehin kein grundsätzliches Hindernis für die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Wenn auch sicherlich

„nicht schon eine nur allgemeine, unbestimmte Aussicht oder bloße Hoffnung, einen Vermögensteil zu erlangen, einen Vermögenswert bildet, dessen Nichterzielung als Vermögensnachteil i. S. des § 263 StGE zu werten wäre, so wird doch andererseits nicht erfordert, daß bereits ein rechtlich begründeter Anspruch vorliegt, vielmehr genügt das Bestehen

16) JW 1932, 2434; vgl. oben S. 73.

einer Sachlage, vermöge deren das Zuwachsen eines Vermögenswerts mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (RG 38, 108)": RG 63, 191.[17])

Wir haben bereits hervorgehoben, daß es sich in diesen Fällen keineswegs nur um die Bejahung der Frage handelt, ob „ein offensichtlich vitiöser Erwerb" (Grünhut) vom Strafrecht geschützt werden soll. Kann sich doch die zivilrechtliche Nichtigkeit ganz unabhängig von der Bösgläubigkeit der Beteiligten, insbesondere des Geschädigten, aus rein objektiven Gründen ergeben! Gerade dann darf die Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen die strafrechtliche Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten selbstverständlich nicht hindern und den Täter der u. E. verdienten Bestrafung wegen vollendeten Betrugs entziehen.

Im übrigen hat die Rechtsprechung längst auch derartige Fälle des „vitiösen Erwerbs" dem strafrechtlichen Schutz unterstellt: Diebstahl und Betrug sind auch dann strafbar, wenn sie gegenüber einem Dieb oder Betrüger begangen werden (RG 65, 3; LZ 1922, 367), und noch neuerdings hat RG 70, 9 diesen Grundsatz bestätigt und die abredewidrige eigenmächtige Veräußerung durch den Hehler nach §§ 246, 259 StGB bestraft[18]).

> *„Seinen tieferen Grund hat das nicht etwa darin, daß man die Belange des ersten Diebs schützen will, sondern darin, daß sich auch der zweite Diebstahl — zum mindesten mittelbar — gegen die allgemeine Rechtsordnung richtet."*

Von dieser grundsätzlichen Einstellung aus hätte auch im Fall RG 65, 100 Bestrafung wegen Betrugs erfolgen müssen, wenn die wirtschaftliche Realisierung des zivilrechtlich nichtigen Anspruchs möglich war. Zum mindesten wäre die Prüfung dieser Frage notwendig gewesen, nicht aber hätte eine Vermögensschädigung i. S. des Strafrechts lediglich durch den Hinweis auf die (vierfach begründete) zivilrechtliche Nichtigkeit des Anspruchs verneint werden dürfen[19]). Das ergibt sich aus der geschilderten

17) vgl. auch RG 59, 289; 71, 334. Im übrigen handelt es sich hier um eine Frage der Abgrenzung, die für die grundsätzliche Richtigkeit der Betrachtungsweise ohne Bedeutung ist. Über die Streitfrage, ob § 252 BGB einen nicht übertragbaren „Sondersatz des bürgerlichen Rechts" oder einen allgemein anerkannten, auch im Strafrecht anwendbaren Rechtsgedanken enthält, vgl. Olshausen S. 1389 zu § 263 Note 23 und RG 41, 375. Am besten wird die strafrechtliche Entscheidung mit dieser Streitfrage gar nicht belastet, sondern selbständig getroffen.

18) Daß gleichzeitig nicht wegen Untreue bestraft werden konnte, ist eigentlich selbstverständlich; aus dieser Entscheidung können gegen RG 44, 230 keine Bedenken hergeleitet werden; anders Kohlrausch aaO.

19) Die starke Zurückdrängung des Rechtsgüterschutzgedankens in RG 70, 9 läßt sich allerdings beim Betrug nicht in gleicher Weise durchführen, da dieser nun einmal eine Vermögensschädigung voraussetzt und deshalb die verbrecherische Willensbetätigung ohne diesen Erfolg nicht als vollendete Tat bestraft werden kann. Insoweit ist auch mit der Akzentverlagerung vom Rechtsgut zum kriminellen Gehalt — einem Gesichtspunkt, der in anderen Fällen zweifellos große Bedeutung

Selbständigkeit des strafrechtlichen, rein wirtschaftlich zu bestimmenden Vermögensbegriffs, die auch innerhalb der Irrtumsrechtsprechung richtig beachtet worden ist (RG 58, 172).

2. Diese spezifisch strafrechtliche Auslegungsmethodik hat sich — da es sich ja um eine grundsätzliche Frage handelt — in neuerer Zeit auch hinsichtlich des Begriffs der „Verfügung" durchgesetzt, der ein sog. ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB bildet und dessen Abhängigkeit vom Privatrecht für das gerade bei den Vermögensdelikten vorherrschende zivilistische Denken einfach selbstverständlich war. Selbst die fortschrittlichere Rechtsprechung konnte sich dieser Zwangsvorstellung zunächst nicht entziehen, wie die — insoweit erstaunliche — Begründung der im Ergebnis nicht zu beanstandenden Entscheidung RG 49, 16 deutlich beweist: Die zivilrechtlich wirksame Weiterveräußerung einer unterschlagenen Sache an einen gutgläubigen Dritten könne nicht als Betrug zum Nachteil des ursprünglichen Eigentümers bestraft werden[20]), da es an einer Verfügung des „Getäuschten" fehle:

> *„Verfügender ist nur der Veräußerer, der Abtretende, nicht der Erwerber, Zessionar . . ., obwohl ohne deren Mitwirkung die vermögensmindernde Wirkung der Verfügung nicht möglich ist. Also hat nur der Veräußerer verfügt, der aber ist nicht getäuscht worden."*[21])

Daß diese heute kaum verständliche Begründung lediglich auf eine Übertreibung des zivilrechtlichen Denkens im Strafrecht zurückzuführen ist, dürfte selbst von den Gegnern der selbständigen strafrechtlichen Betrachtungsweise kaum bestritten werden können. Denn selbst dann, wenn man das Tatbestandsmerkmal der Verfügung im wesentlichen dem Zivilrecht entnimmt, hätte die erforderliche Identität des Verfügenden und des Getäuschten nicht verneint zu werden brauchen. Das hat denn später auch die Entscheidung RG 64, 228 anerkannt, die an sich nur die Übertreibung der begrifflichen Bindung ans Zivilrecht aufgab, damit aber in grundsätzlicher Hinsicht für die Lockerung des begrifflichen Abhängigkeitsverhältnisses wichtige Vorarbeit leistete: Hier hatte der Täter einen zu hoch ausgestellten Blankowechsel an einen gutgläubigen Dritten übertragen, und auch der Oberreichsanwalt wollte unter Bezugnahme auf RG 49, 16 Betrug verneinen, weil es an einer Verfügung des getäuschten Erwerbers fehle. Das RG brach jedoch mit der bisherigen Rechtsprechung, bezeichnete auch den Erwerber als Verfügenden, weil er durch den mit dem

erlangt — hier wenig zu erreichen. Unbedingt nötig aber ist, den Eintritt eines Vermögensschadens lediglich nach wirtschaftlich-tatsächlichen Gesichtspunkten zu bestimmen, statt zivilrechtliche Zufälligkeiten und rechtsgeschäftliche Konstruktionen über die Strafbarkeit entscheiden zu lassen.

20) Die Richtigkeit der Entscheidung ergibt sich schon aus dem Gesichtspunkt der straflosen Nachtat, des bloßen Verwertungsdelikts, da auch der Erwerber wegen seines gutgläubigen Eigentumserwerbs nicht geschädigt war.

21) wie es § 263 StGB verlangt.

Täter abgeschlossenen Begebungsvertrag das Vermögen des „Akzeptanten" mit einer Schuld belastet habe:

> *„Der Begriff der ‚Verfügung', der im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gebracht ist, darf nicht zu eng aufgefaßt werden. Er kann vielmehr nichts anderes bedeuten, als daß durch den vom Täter erregten Irrtum der Getäuschte zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln bestimmt wird, das rechtlich in den Vermögensbestand eines anderen eingreift."*

Obwohl auch diese Entscheidung noch an dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Verfügung im strafrechtlichen Sinn und an ihrer rechtlichen Wirkung festhält, macht sich die Lockerung gegenüber der streng „zivilrechtlichen" Betrachtungsweise doch schon wohltuend bemerkbar. Das zeigt sich nicht nur in der Änderung der bisherigen Rechtsprechung, sondern noch mehr bei ihrem Vergleich mit der Ansicht Gerlands, der darüber hinaus sogar verlangt, daß der Getäuschte „selbstverständlich" zu einer vermögensrechtlichen Disposition über fremdes Vermögen „rechtlich befugt" sein müsse[22]). Mit Recht hat das RG eine derartige, für die Gegner der spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise typische Einschränkung abgelehnt und außerdem — das ist entscheidend — den strafrechtlichen Begriff der Verfügung weiter verselbständigt[23]), nämlich ihn auch auf tatsächliche Handlungen ausgedehnt und buchtechnische Maßnahmen, z. B. die Gutschrift einer rechtswidrigen Provisionsforderung in den Handelsbüchern als vermögensschädigende Handlung i. S. des § 263 StGB anerkannt:

> *„Unter dem ungeschriebenen Merkmal der Vermögensverfügung ist die Willensbetätigung des Getäuschten zu verstehen, durch welche der vom Gesetz verlangte Ursachenzusammenhang zwischen der Irrtumserregung und der Vermögensschädigung vermittelt wird und deren sich der Täuschende zum Angriff auf das der Verfügungsgewalt des Getäuschten unterliegende Vermögen bedient. Entsprechend der wirtschaftlichen Natur des Begriffs der Vermögensbeschädigung reicht auch zur Erfüllung des Begriffs der Vermögensverfügung jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen aus, das eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne bedingt; es ist nicht erforderlich, daß die durch den Irrtum veranlaßte Willensbetätigung eine unmittelbar rechtliche Wirkung hat und sich als Willenserklärung im privatrechtlichen Sinne darstellt": RG JW 1926, 586.*[24])

Die damit auch hier erreichte Emanzipation der strafrechtlichen Begriffsbildung läßt sich auch durch den Hinweis darauf, daß es sich bei der Verfügung i. S. des § 263 StGB lediglich um „ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal" handele, in ihrer grundsätzlichen Bedeutung nicht verringern. Das bestätigt ebenfalls die Rechtsprechung, die neuerdings

22) Strafrecht S. 636: Die nur tatsächliche Möglichkeit hierzu genüge nicht.

23) Damit zeigt sich auch hier, daß die Bindung des Strafrechts an zivilrechtliche Begriffe und Gedankengänge vom Standpunkt der strafrechtlichen Praxis aus unbrauchbar, ja sogar unerträglich ist.

24) vgl. LK Anm. 5a zu § 263 und die beachtliche Anmerkung von Grünhut JW 1926, 1197.

auch das geschriebene Tatbestandsmerkmal der Verfügung i. S. des bisherigen § 266 Nr. 2 StGB (a. F.) in vollem Umfang verselbständigt, d. h. aus den zivilrechtlichen Begriffsfesseln befreit und auf rein tatsächliche Handlungen ausgedehnt hat. Für die Verfügung über körperliche Sachen war dies bereits früher anerkannt[25]); schwieriger dagegen gestaltete sich der Loslösungsprozeß, soweit es sich um die Verfügung über Forderungen handelte. Bei ihnen sollte eine bloß tatsächliche Veränderung noch nicht, sondern nur eine Verfügung im privatrechtlichen Sinn die Strafbarkeit begründen. Dabei wird allerdings ausdrücklich betont, diese Beschränkung ergebe sich weniger aus dem Begriff der Verfügung als aus der Natur des ihren Gegenstand bildenden Vermögensstücks, nämlich der Forderung. Dieser Umstand mag es erklären, daß noch RG 62, 135 (2. Senat) trotz der abweichenden Auffassung anderer Senate (RG 61, 78; 62, 58) an der alten Auffassung festgehalten hat, nach der bei Forderungen nur Eingriffe rechtlicher Art den Begriff des Verfügens erfüllen, Maßnahmen dagegen, die lediglich eine Verdunkelung der Rechtslage bezwecken und herbeizuführen geeignet sind, das Forderungsrecht jedoch in seinem rechtlichen Bestand und Inhalt unberührt lassen, nicht genügen. Erst in RG 66, 292[26]) gibt auch der 2. Senat diese Ansicht auf und schließt sich der Rechtsprechung an, die auch nur tatsächliche Einwirkungen, z. B. unrichtige Eintragungen, Umbuchungen ohne entsprechende rechtswirksame rechtsgeschäftliche Abmachungen als Verfügungen über Forderungen anerkennt, sofern dem Gläubiger hierdurch die Verwirklichung seines Rechts tatsächlich beeinträchtigt oder unmöglich wird:

> *„Gerade der vorliegende Fall (Umbuchung einer Forderung) zeigt, daß der früher von der Rechtsprechung eingenommene Standpunkt zu eng ist und den Zweck des Gesetzes nicht genügend berücksichtigt."*[27])

3. Wie stark der Drang war, die wirtschaftlich-tatsächlichen Verhältnisse an Stelle der zivilistischen Regelung im Strafrecht zu berücksichtigen, beweisen die Bemühungen, die diesen Gesichtspunkt sogar bei der bisher zurückgestellten Frage nach der rechtlichen Zuordnung wirtschaftlicher Güter durchsetzen wollen, und die neuerdings ebenfalls bei der Untreue ausführlich erörtert worden sind, nämlich bei der Frage, ob es sich um „Vermögensstücke des Auftraggebers"[28]) i. S. des § 266

25) Bei ihnen genügt bereits die bloße Besitzveränderung, z. B. durch Verleihen, zur Bestrafung (RG 46, 144; 39, 337), da „keineswegs nur ‚rechtliche' Anordnungen und Eingriffe in Betracht kommen."

26) vgl. neuerdings RG DJ 1938, 231 mit Rechtsprechung.

27) Die Worte „zum Nachteil verfügen" bedeuten also nichts anderes als das Vermögen beschädigen i. S. des § 263 StGB: So RG JW 1935, 530; RG 71, 158. — § 266 StGB (n. F.) erfordert nicht mehr, daß die schädigende Handlung in einer Verfügung über Vermögensstücke besteht; sie kann somit auch in einer vertragswidrigen Benutzung einer Sache bestehen, über die der Treuhänder nach außen zu verfügen berechtigt ist: RG 68, 373.

28) also um eine bestimmte positive Zuordnung im Rechtssinn.

Nr. 2 StGB (a. F.) handelt. Hier war die Rechtslage ähnlich wie bei dem Merkmal „fremd", das den geradezu unerschütterlichen Pfeiler für die Auffassung der Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht darstellt[29]). Demgemäß hatte auch RG 56, 122 — unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur Eigentumsfrage — vom streng zivilrechtlichen Standpunkt aus betont:

„Die Frage, ob die Vermögensstücke, über die ein Bevollmächtigter verfügt, zur Zeit der Verfügung zu seinem Vermögen oder dem seines Vollmachtgebers gehören, bestimmt sich auch für die Anwendbarkeit des § 266 Nr. 2 StGB ausschließlich nach den Regeln des bürgerlichen Rechts (RG 2, 187; 3, 152)."

Der spätere Vorstoß von RG 61, 175 und 344, die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch hier durchzuführen, hat zwar bei den Instanzgerichten[30]) nicht selten Nachahmung gefunden, ist aber im übrigen durch die bekannte Rechtsprechung über Untreue am sog. Individualanspruch aufgefangen worden[31]). Gerade die Ausbildung eines derartigen Begriffs des Individualanspruchs, der bald „zu einer bloßen Formel" wurde, und von den Zivilsenaten in dieser Form wohl kaum entwickelt worden wäre, ist der beste Beweis für die Unzweckmäßigkeit eines „derart zivilistisch ausgerichteten" Tatbestands und für die Notwendigkeit, auch bei der Frage der Vermögenszugehörigkeit wirtschaftliche Gesichtspunkte mitsprechen zu lassen[32]).

In erweitertem Umfang ist dieser Gesichtspunkt von der Rechtsprechung bereits bei der Auslegung des § 288 StGB berücksichtigt, der ebenfalls eine positive Zuordnung des Vermögens zu einer bestimmten Person voraussetzt und das „der Vollstreckung unterliegende Vermögen" des Schuldners schützen soll:

„Für diesen Begriff und die dabei in Betracht kommende Belange spielt die bürgerlich-rechtliche Beziehung des Schuldners zu den einzelnen Gegenständen keine entscheidende Rolle. Maßgebend ist insoweit das einschlagende Vollstreckungsrecht . . . Mögen die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften auch mittelbar auf das materielle bürgerliche Recht verweisen, so deckt sich der Umfang jener Grenzen noch keineswegs mit denen des Vermögens des Schuldners im bürgerlich-rechtlichen Sinne. Das „Vermögen des Schuldners" (§ 242 KO, § 288 StGB) ist im vollstreckungsrechtlichen Sinne aufzufassen, bezeichnet mithin ganz allgemein den — gleichviel, ob rechtlichen oder tatsächlichen (!) — Machtkreis, in den der Schuldner nach den Grundsätzen des Vollstreckungsrechts die Vollstreckung zu dulden hat": RG 61, 408.

Das Vermögen i. S. des § 288 StGB umfaßt auch den bloßen Besitz der von dem Schuldner herauszugebenden Sachen eines Dritten, insbesondere seines Gläubigers, ohne daß es im übrigen auf die Eigentumsverhältnisse ankommt. Der Schuldner kann sogar an fremden (juristisch ihm nicht gehörenden) Sachen Vollstreckungsvereitelung begehen. Die entgegengesetzte, namentlich im Schrifttum vertretene Auffassung stehe, wie das RG aaO. weiter ausführt, nicht nur in Widerspruch mit dem Zweck des Gesetzes, sondern werde auch weder sprachlich noch rechtsbegrifflich zwingend gefordert[33]).

Ähnliche Erwägungen führen zu einer vom Zivilrecht abweichenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals „veräußern", das — im Gegensatz zu dem es ergänzenden Begriff des Beiseiteschaffens — alle Formen rechtlicher Beeinträchtigung umfaßt, z. B. auch die Verpfändung (RG 7, 238; 8, 1), sogar die Verpachtung (RG 6, 102, weil damit das Recht zum Fruchtbezug auf den Pächter übertragen werde), die Eintragung einer dinglich wirkenden Vormerkung (RG 34, 4) und die Eintragungsbewilligung einer Vormerkung (RG 59, 315), da auch hierdurch der vollstreckungsrechtliche Zugriff gehindert wird.

„Das Veräußern ist somit nicht nur auf die Fälle der Eigentumsübertragung von Sachen oder der Übertragung von Rechten zu beschränken, sondern als Veräußerung ist jede Verfügung des Schuldners über sein Vermögen, die die Möglichkeit der Gläubigerbefriedigung verringert, anzuerkennen": RG 66, 131.[34])

29) den auch wir letzten Endes anerkennen müssen; vgl. unten S. 290.

30) vgl. z. B. ObLG München HRR 1935, Nr. 399.

31) vgl. zuletzt RG 69, 225 mit Rechtsprechung.

32) vgl. ausführlich Grünhut, RG Festgabe Bd. V S. 126 und H. Mayer GS 104, 100 ff. mit Nachweisen. Noch neuerdings ist RG 3 D 349/36 vom 22. 6. 1936 in die wirtschaftliche Betrachtungsweise zurückgefallen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf RG 61, 174: „Befanden sich die Gewinnbeteiligten mit Rücksicht auf ihre Gewinnansprüche und die Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft . . . in einer Rechtsstellung, die derjenigen von stillen Gesellschaftern (nicht von Gesellschaftsgläubigern) entsprach, so könnte der Angeklagte im Verhältnis zu ihnen strafrechtlich (!) als treuhänderischer Inhaber des Gesellschafts- und Firmenvermögens angesehen werden. Durch die unrechtmäßige Verwendung des Firmenvermögens zu eigenem Vorteil hätte er dann ihnen gegenüber untreu gehandelt". Diese Frage ist nunmehr durch die Gesetzgebung überholt und braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden.

33) Der Hinweis darauf, daß das „besitzanzeigende" Fürwort „sein" (Vermögen) nicht notwendig auf Eigentum oder Rechte des Täters hindeute, würde ohne die übrigen teleologischen Erwägungen wenig Eindruck machen.

34) Diese heute längst anerkannte Abweichung vom Zivilrecht besteht in vollem Umfang erst seit 1900. Vor der Einführung des BGB war eine derartige Auslegung zum Teil in Übereinstimmung mit dem jeweils in Betracht kommenden Landesprivatrecht erfolgt und auch damit begründet worden; vgl. RG 7, 238: Es ist (entgegen der Vorinstanz) kein Grund ersichtlich, warum die rechtliche Bedeutung des Wortes im Strafrecht eine andere sein soll als im Zivilrecht. Richtiger RG 8, 1 ff.: „Der Sinn und die Bedeutung, in welchem nach dem Sprachgebrauch einzelner Rechtsgebiete der zivilrechtliche Begriff der Veräußerung aufgefaßt wird, sind nun zwar nicht unmittelbar für die Interpretation der strafrechtlichen Normen maßgebend. Aber innere Gründe bestehen nicht dagegen. . . ." Nichts beleuchtet die Selbständigkeit strafrechtlicher Begriffe besser als der Umstand, daß diese Auslegung auch noch nach der Änderung des Landesprivatrechts durch das BGB aufrechterhalten worden ist.

4. Diese teleologische Auslegungsmethodik tritt uns[35]) bei den Strafbestimmungen der Konkursordnung noch häufiger entgegen, und zwar zunächst bei der Begriffsbestimmung des Tatbestandsmerkmals „Schuldner". Ebenso wie die Anwendung des § 288 StGB setzt auch die Bestrafung aus § 239 ff. KO „nicht voraus, daß der Täter dem ‚Gläubiger' schuldrechtlich verpflichtet ist", sondern:

„Täter eines Vergehens nach § 288 StGB — also i. S. dieser Strafvorschrift ‚Schuldner' — kann jeder sein, der aus irgendeinem sachlich-rechtlichen Grunde eine Zwangsvollstreckung des ‚Gläubigers' in Bestandteile seines Vermögens zu dulden hat. . . . In diesem Sinne ist auch die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau Schuldnerin der persönlichen Gläubiger ihres Ehemannes,[36]) deren Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut sie dulden muß. Was aber für die Begriffsbestimmung von Gläubiger und Schuldner bei dem § 288 StGB Geltung hat, muß entsprechend auch für die §§ 239 ff. KO gelten. . . .

In diesem Sinne bedarf es einer Berichtigung oder wenigstens einer genaueren Fassung, wenn in den Erläuterungsbüchern zu § 239 KO ausgesprochen wird, daß der § 239 KO den Begriff des Schuldners aus dem bürgerlichen Rechte entnehme": RG 68, 109.

Mit dieser ebenso kurzen wie eindrucksvollen Bemerkung ist die geschlossene privatrechtliche Auffassung fast des gesamten Schrifttums aus den Angeln gehoben worden, und es wäre deshalb zu begrüßen, wenn auch an den zahlreichen anderen Stellen, an denen unser Problem auftaucht, mit der so oft behaupteten Bindung an privatrechtliche Begriffe und Gedankengänge ebenso schnell gebrochen würde. Dieselben Erwägungen gelten natürlich auch für den Begriff „Gläubiger":

„Die Begrenzung und Bestimmung dieses Kreises von Personen (§ 241 KO) läßt sich nicht allein aus dem Wort ‚Gläubiger', sondern nur aus dem Gesamtinhalt der gesetzlichen Vorschriften herleiten und hängt danach wesentlich von der Frage ab, ob hinsichtlich des betreffenden Gläubigers auch die übrigen Tatbestandsmerkmale verwirklicht werden können und im einzelnen Falle verwirklicht sind": RG 40, 105. Gläubiger ist deshalb nicht nur das berechtigte Subjekt eines Forderungsrechts, sondern jeder, der einen Anspruch auf Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines anderen hat: RG 9, 165; 38, 230.[37])

35) Zuweilen sogar im Zivilrecht; vgl. zum Begriff des „Veräußerns" i. S. des § 37 RErbhG Bernhardt DJ 1936, 1211, der sich gegen die Übertragung der „streng zivilrechtlichen Ausdrucksweise auf das RErbhG." ausspricht, weil dieses „nicht in der abstrakten Sprache der früheren Juristen", sondern in der des Volkes abgefaßt sei.

36) obwohl sie für die Schulden ihres Mannes nicht persönlich einzustehen braucht.

37) Der „Gläubiger" i. S. des § 288 StGB muß aber im Zeitpunkt der Vereitelungshandlung einen sachlich begründeten Anspruch auf Zwangsvollstreckung in das Vermögen des anderen haben. Eine vollstreckbare Urkunde, der kein sachlicher Anspruch zugrundeliegt, würde nicht genügen: RG JW 1937, 1336.

Ähnlich bezieht sich § 242 Nr. 2 KO, wie sein gesetzgeberischer Zweck ergibt, nicht allein auf erdichtete „Forderungen" im engeren privatrechtlichen Sinn, sondern allgemein auf erdichtete, auch dinglich rechtliche Ansprüche (RG 64, 312). Unter dem Begriff „Vermögensstücke" versteht § 239 Nr. 1 KO nicht nur das, was zum pfändbaren Vermögen des Schuldners gehört, sondern — vom Standpunkt der Konkursgläubiger aus betrachtet — alles, was rechtlich zur Konkursmasse gehört, also auch den Anfechtungsanspruch, der vom Gemeinschuldner durch falsche Auskunft über die ihm zugrundeliegenden Tatsachen gegenüber dem Konkursverwalter vereitelt werden kann (RG 66, 153)[38]). Selbst der Begriff der „Zahlungseinstellung"[39]) ist bei den strafrechtlichen Bestimmungen der KO nicht unbedingt in gleicher Weise auszulegen wie bei den übrigen Vorschriften, insbesondere bei denen über Anfechtung. Denn

„während für den Konkursrichter die Zahlungseinstellung nur eine den Beweis der Zahlungsunfähigkeit erübrigende Äußerung der Zahlungsunfähigkeit ist, . . . hat der Strafrichter bei Anwendung der §§ 239 ff. KO . . . nur auf die Zahlungseinstellung als solche zu sehen. Diese erfordert aber begrifflich nichts anderes als das Vorhandensein der Tatsache (!), daß ein Schuldner das Zahlen eingestellt, also aufgehört hat, seine Verpflichtungen in der Allgemeinheit zu erfüllen. Für die Annahme einer Zahlungseinstellung im strafrechtlichen Sinne (!) ist es daher nicht notwendige Voraussetzung, daß die Einstellung auf wirklicher Zahlungsunfähigkeit beruht": RG 41, 311.[40])

Bei dem Merkmal „auf Kredit entnommen" i. S. des § 240 Nr. 2 KO bringt das Strafrecht schon durch die Verwendung eines „in den Gesetzen des bürgerlichen Rechts nicht gebräuchlichen Wortes" — anstelle der ursprünglichen Bezeichnung „gekauft" — zum Ausdruck, daß es einen selbständigen Begriff eingeführt hat, für dessen Vorliegen ausschließlich die „körperliche Übereignung, die Besitzübernahme der Waren" maßgebend

38) Der Begriff der „Anerkennung" i. S. des § 239 Nr. 2 KO ist nicht in dem des § 781 BGB zu verstehen; vgl. Olshausen S. 2146; RG 62, 288.

39) der aus dem StGB in die §§ 239 ff. KO übernommen worden ist; so Olshausen S. 2140.

40) Die Entscheidung ist oft angefochten worden. Zahlungseinstellung in strafrechtlichem Sinne ist danach auch bei Zahlungsfähigkeit möglich, sei es bei Irrtum darüber, sei es auch bei mangelndem Zahlungswillen. Zwei Gesichtspunkte scheiden also für den strafrechtlichen Begriff aus, auf die i. S. der Anfechtungsvorschriften Wert gelegt wird; so wohl auch schon RG 3, 294. Dagegen bedeutet Zahlungsunfähigkeit sowohl im § 241 wie in § 102 KO übereinstimmend das auf Mangel an Zahlungsmitteln beruhende andauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden zu berichtigen: RG JW 1935, 128. — „Ein für den Nichtjuristen schwer verständlicher Unterschied wird (hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen") zwischen dem Anfechtungsgesetz und der Konkursordnung insofern gemacht, als nach jenem die Absicht, einen Gläubiger zu benachteiligen, ausreiche, nach dieser es aber darauf ankomme, daß die Absicht auf die Benachteiligung der Gläubiger in ihrer Gesamtheit gerichtet sei:" RG JW 1937, 1066 mit Rechtsprechung.

ist (RG 62, 258); es braucht sich insbesondere auch nicht um „ein auf jeden Fall rechtsbeständiges Rechtsgeschäft" zu handeln (RG 66, 179). Der Begriff des „Beiseiteschaffens" i. S. des § 239 KO ist ohnehin tatsächlicher Natur, so daß er ohne weiteres — ohne daß, wie in § 288 StGB, eine Teilung in seine beiden Unterarten, die rechtliche und tatsächliche Verschiebung von Vermögensobjekten, vorgenommen werden muß — alle in Betracht kommenden Formen rechtlicher und tatsächlicher Vermögensschiebungen umfaßt (RG 62, 278)[41]).

Nur das Merkmal „veräußern" i. S. des § 240 Nr. 2 KO soll im streng zivilrechtlichen Sinne ausgelegt werden:

> *„Die Vorschrift beruht auf dem Gesetz betr. Änderungen der KO vom 17. 5. 1898. Da dieses Gesetz auf Art. 1 EGBGB zurückzuführen ist, so ist davon auszugehen, (?) daß das Begriffsmerkmal des Veräußerns in demjenigen Sinne zu verstehen ist, den das BGB hiermit verbindet, wie auch die weiteren Worte des § 240 Nr. 2 „in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise" die Ausdrucksweise des BGB ist (§§ 586 Abs. 2, 1036 Abs. 2)": RG 48, 217.*

Die Folge dieser Auslegung ist, daß abweichend von der Rechtsprechung zu der ähnlichen Ausdrucksweise „veräußern oder beiseiteschaffen" des § 288 StGB die übrigen Fälle rechtlicher Schiebungen, z. B. die Verpfändung, unter den tatsächlichen Begriff des „sonst Weggebens" gebracht werden müssen (RG aaO.), eine Gruppierung, die zweifellos viel weniger natürlich ist, als die Unterscheidung des § 288 StGB und durch den Hinweis auf die Entstehungsgeschichte nicht genügend gerechtfertigt wird[42]).

Wir können natürlich an dieser Stelle zu den einzelnen Entscheidungen nicht näher kritisch Stellung nehmen, sondern müssen und dürfen uns mit der allgemeinen Feststellung begnügen, daß die Rechtsprechung sich auch hier von einer verhängnisvoll auswirkenden Bindung ans Zivilrecht weitgehend freigemacht und selbst vor einer übertriebenen Anlehnung an prozeß- und vollstreckungsrechtliche Begriffe gehütet hat. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die Abweichungen als solche nicht besonders erheblich sind, so bestätigen sie doch abermals die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer möglichst selbständigen strafrechtlichen Betrachtungsweise.

41) Ein Beispiel für eine zweckmäßige strafrechtliche „realistischere" Begriffsbildung.

42) Insoweit ist die beiläufige Bemerkung in RG 62, 278, daß die für § 240 Nr. 2 KO vertretene Begriffsbestimmung des Veräußerns auch für den § 239 Nr. 1 KO gelte, nicht ganz richtig. Denn unter den eine Erscheinungsform des Beiseiteschaffens i. S. der letzteren Bestimmung darstellenden Begriff des Veräußerns fällt jede Verfügung des Schuldners über sein Vermögen, die die Möglichkeit der Gläubigerbefriedigung „rechtlich" verringert: RG 66, 131. — Der Begriff der „inkongruenten Deckung" stimmt ebenfalls mit dem privatrechtlichen überein: RG 66, 90.

V. Weitere Beispiele für die strafrechtliche Selbständigkeit angeblich entlehnter Rechtsbegriffe.

Da das Ziel unserer Arbeit auch eine möglichst vollständige Darstellung der Emanzipation der strafrechtlichen Begriffsbildung umfaßt, dürfen wir auch diejenigen Abweichungen der strafrechtlichen Betrachtungsweise vom Zivilrecht nicht außer Acht lassen, die im Einzelfall weniger wichtig oder gar selbstverständlich sind und die wir auch bisher schon in die Untersuchung einbezogen haben. Diesem Zweck dienen die nun zu erörternden Fälle, die sich sowohl aus vorwiegend tatsächlichen als auch aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Begriffen zusammensetzen und die lediglich die bisherige Schilderung der drei größeren Beispielsgruppen ergänzen sollen. Auch sie interessieren in erster Linie aus methodischen Erwägungen; denn sie sind trotz der vielleicht geringfügigen Abweichungen vom Zivilrecht ein Beweis dafür, daß man auch bei ihnen versucht hat, das zivilrechtliche Denken dem Strafrecht aufzuzwingen, sodaß immerhin sogar das Reichsgericht genötigt war, diesen — meist von der Revision des Angeklagten ausgehenden — Bestrebungen entgegenzutreten. Auch sie dürfen deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt wohl begründeter Ausnahmen betrachtet, sondern müssen als — allenfalls selbstverständliche — Beispiele einer selbständigen strafrechtlichen Auslegungsmethode gewertet werden.

1. Am bekanntesten und einleuchtendsten ist die bloß „figürliche Bedeutung" der Worte „kaufen und verkaufen" i. S. des § 109 StGB, hinsichtlich derer auch im Schrifttum davor gewarnt worden ist, die „zivilistische Analogie ins Extrem zu treiben"[1]). Das ergibt schon der Zusammenhang, in dem diese Begriffe vom Strafgesetz gebraucht sind. Denn „kaufen" i. S. des Privatrechts kann man nur einen Gegenstand, d. h. ein Recht oder eine Sache, nicht aber eine Wahlstimme:

> *„Die Grundsätze des BGB über den Kauf sind deshalb auf den Stimmkauf, der nach bürgerlichem Recht gar kein Kauf ist und als sittenwidrig überhaupt keine rechtliche Bedeutung findet (!), nicht anwendbar. Ist man daher auf eine freie Auslegung der nur figürlich gebrauchten Worte . . . angewiesen, so ist in erster Linie der Zweck und der Grund des Gesetzes zu beachten."*

Danach muß „die Ausübung des Wahlrechts dem Wahlberechtigten feilgeworden sein, ohne daß es auf eine bestimmte Obligationsform ankommt" oder gar eines Kaufvertrags i. S. des BGB bedürfte. Die Worte „kaufen und verkaufen" sind vielmehr im natürlichen, laienhaften Sprachgebrauch des gemeinen Lebens zu verstehen. Dieser volkstümliche, d. h. hier strafrechtliche, Begriff ist aber sicher nicht enger als der rechtliche des BGB, so daß auch nach der allgemeinen Lebensauffassung die Auszahlung des Kaufpreises an einen Dritten zulässig ist und der Bestrafung des

1) vgl. Binding II S. 832 und Bruns 1931 S. 57 ff.

Täters nicht entgegensteht. Aus derselben Erwägung ist auch der gegen Entgelt erklärte Verzicht auf die Ausübung des Wahlrechts nach § 109 StGB strafbar[2]).

2. Im Gegensatz zu dieser Bestimmung, bei der schon der Wortlaut des Gesetzes die Anlehnung der strafrechtlichen Auslegung ans Zivilrecht als nicht gewollt erscheinen läßt, spricht bei dem Begriff des „Zurückbehaltungsrechts" i. S. des § 289 StGB zunächst scheinbar alles für eine begriffliche Bindung ans Privatrecht. Demgemäß hatte auch RG 13, 405 betont, die Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht in diesem Sinne bestehe, werde nicht durch das StGB, sondern durch die (verschiedenen!) Landesgesetze normiert. Aber bereits RG 32, 15 hielt diese Auffassung, nach der vor 1900 die erstrebte Einheit des Begriffs auf dem strafrechtlichen Gebiet des § 289 unmöglich gewesen wäre, nicht mehr aufrecht, sondern hob hervor, es bestehe „kein Grund zu der Annahme daß das StGB den Begriff des Zurückbehaltungsrechts ausschließlich i. S. der angeführten Bestimmungen des ALR verstanden habe". Demgemäß sei in der nach Bremischem Recht zulässigen Privatpfändung von Vieh die Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts an dem „geschütteten Vieh" zugunsten des Geschädigten zu erblicken, dessen Verletzung gemäß § 289 StGB bestraft werde. Noch deutlicher zeigt sich die Verselbständigung der strafrechtlichen Begriffsbildung dann in der Entscheidung RG 37, 124, die von der höheren Warte einer besonderen strafrechtlichen Auslegungsmethode darauf hinweist, daß auf strafrechtlichem Gebiet die Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht immer als die allein maßgebenden anzusehen seien[3]), und dabei den Grundsatz aufstellt:

> *„Insbesondere liegt mit Bezug auf § 289 StGB kein zwingender Grund zu der Annahme vor, daß hier der Begriff des Zurückbehaltungsrechts ausschließlich i. S. der jeweils geltenden Zivilgesetzgebung hat verstanden werden sollen."*[1])

Auch hier wird also eine sog. echte Verweisung i. S. des Art. 4 EGBGB für einen Begriff abgelehnt, bei dem man es am wenigsten vermutet hätte; und die Erwägung, daß es sich bei den hierauf folgenden Auswirkungen nur um verhältnismäßig geringfügige Abweichungen vom Zivilrecht handelt, läßt die grundsätzliche Stellungnahme des RG in diesem Zusammenhang nur umso wertvoller erscheinen[5]).

2) so die Rechtsprechung, vgl. RG 6, 196; 9, 197; 17, 296; 47, 42; 48, 70.

3) unter zutreffender Verweisung auf die geschilderte Rechtsprechung zum Begriff des Gewahrsams und des Verlöbnisses.

4) Auch der Begriff „Nutznießer" in § 289 StGB ist ein selbständiger, spezifisch strafrechtlicher und geht insbesondere über den des Nießbrauchs weit hinaus.

5) Es handelt sich um die sehr bestrittene Frage der Anerkennung des strafrechtlichen Schutzes für ein vertraglich begründetes Zurückbehaltungsrecht, das auch unabhängig von § 273 BGB im Zivilrecht denkbar ist, das aber nach der Rechtsprechung des RG gemäß § 289 StGB nur geschützt wird, wenn die Rechte des

3. Der allgemeine Gegensatz zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Betrachtungsweise und Begriffsbildung taucht ferner auf bei dem Tatbestandsmerkmal „nicht ausschließlich gehören" i. S. des § 274 Nr. 1 StGB. Nach der Rechtsprechung ist „gehören" ein weiterer Begriff als Eigentum und deshalb ebenfalls nicht im streng zivilrechtlichen Sinne zu verstehen. Entscheidend ist vielmehr die unbeschränkte Verfügungsgewalt, die fraglichen Urkunden zu Beweiszwecken zu verwenden. Sie gehören deshalb dem Täter auch dann nicht „ausschließlich", wenn er zwar ihr Eigentümer im juristisch-technischen Sinne ist, aber einem anderen aus seinem Eigentumsrecht solche dinglichen Rechte an der Sache eingeräumt hat, die — wie Pfandrecht und Nießbrauch — eine unmittelbare Einschränkung des vollen Eigentums und der darin liegenden Befugnisse enthalten[6]). Deshalb „gehört" z. B. auch ein gemeinschaftlich errichtetes Testament, selbst wenn es infolge Todes eines Ehegatten Alleineigentum des anderen geworden ist, diesem „nicht ausschließlich", sondern gleichzeitig auch den Vermächtnisnehmern (RG GA 56, 217). Auch hier zeigt sich, wie notwendig eine selbständige, nicht an der zivilrechtlichen Bedeutung des Wortlauts haftende Auslegung ist; und daß es auch hier wieder um grundsätzliche Dinge geht, um Fragen der Richtung, das beweisen hinreichend die Einwendungen von Frank[7]), daß alle diese erweiternden Auslegungen dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes widersprächen[8]).

4. Ähnliche Abweichungen in methodologischer Hinsicht machen sich bei der Auslegung des Begriffs „Lieferungsvertrag" i. S. des früheren § 329 (jetzt § 92a) StGB bemerkbar, dessen Zweck darin besteht, die Verletzung oder Gefährdung wichtiger militärischer Interessen möglichst zu verhindern, und deshalb eine enge Auslegung verbietet:

> *„Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß bei dieser Auslegung auf Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Lieferungsverträge (etwa auf Art. 271 Nr. 2 des allgemeinen deutschen HGB vom 5. 6. 1869, RGBl. S. 1404) zurückzugreifen wäre. Dem widerspricht die Herkunft der Vorschrift aus dem französischen Recht und ihr Zweck. Der letztere erfordert es, daß jedenfalls alle solchen Verträge zu schützen sind, die nach dem Sprach-*

Eigentümers wirksam beschränkt worden sind. Das ist nicht der Fall, wenn die Vereinbarung durch einen Dritten erfolgte, da dann sogar der Besteller des Zurückbehaltungsrechts die Sache wegnehmen darf: RG 63, 200.

6) RG 33, 291; 38, 37: für die aufschiebend bedingte Übergabe eines Wechsels mit der Abrede, daß ein anderer mit Bedingungseintritt Eigentümer werden sollte. Neuerdings RG HRR 1938, Nr. 491.

7) zu § 274 Nr. 1 Note I 1.

8) und zwar dem Wortlaut nach, weil „gehören" ein, wenn auch vulgärer, so doch deutlich auf das Eigentum hinweisender Ausdruck sei, dem Sinn, weil die Ausnutzung der zivilrechtlichen Befugnisse des Eigentümers ihn auch strafrechtlich nicht verantwortlich machen könne. — Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.

gebrauch des täglichen Lebens eine Lieferung von Sachen zum Gegenstand haben. Das trifft auch auf einen Werkvertrag der hier fraglichen Art zu": RG 50, 111.

Selbst bei dem Merkmal „Nichterfüllung", das weitgehend, insbesondere hinsichtlich des Mangels zugesicherter Eigenschaften nach bürgerlichem Recht zu bestimmen ist, darf die Abhängigkeit vom Zivilrecht nicht übertrieben werden. Die „besondere Umschreibung" dieses „strafrechtlichen"[9]) (!) Begriffs durch das StGB führt zunächst dazu, daß die Tat damit vollendet ist, ohne Rücksicht darauf, welche Rechtsfolgen sich nach bürgerlichem Recht daran knüpfen. Deshalb ist z. B. die Frage der Nachlieferung oder Nachbesserung strafrechtlich ohne Belang (RG 59, 303). Darüber hinaus darf die Nichterfüllung keineswegs nur auf einen bereits bestehenden Vertrag bezogen werden, sondern sie umfaßt auch die sog. culpa in contrahendo bei Vertragsschluß[10]).

5. Sogar bei dem Begriff „Lebensunterhalt" i. S. des § 181a StGB, der ohnehin nicht privatrechtlich gebunden ist, war das RG gezwungen, sich gegen die unzulässige Übertragung zivilrechtlicher Gesichtspunkte, insbesondere der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den „Unterhalt" (§§ 1610/11 BGB), zu wenden,

„weil diese auf dem Bestehen sittlicher Pflichten beruhenden Normen des Familienrechts jegliche Anwendung auf das in hohem Grade sittlich verwerfliche Verhältnis des Zuhälters zur Dirne ausschließen. Die Begriffsbestimmung ist vielmehr nur der erwähnten strafrechtlichen Norm selbst zu entnehmen." (und zwar unter ausschließlicher Berücksichtigung der „tatsächlichen Verhältnisse des praktischen Lebens"): RG 35, 92.

Auch auf die Rechtsform, in der die Zuwendungen erfolgen, kommt es dabei ebensowenig an wie darauf, ob sie als endgültige beabsichtigt waren oder später erstattet werden sollten (RG 57, 59)[11]). Dementsprechend läßt sich auch durch keine aus dem Familienverhältnis (Unterhaltsanspruch) oder aus dem ehelichen Güterrecht (Nutznießung am eingebrachten Gut) abzuleitende Rechtsfolge gegenüber § 181a StGB rechtfertigen, die Erträgnisse aus einer noch fortdauernden gewerbsmäßigen Unzucht der Ehefrau unmittelbar oder mittelbar zum Lebensunterhalt des Ehemannes zu benutzen[12]).

9) so Olshausen Note 4 S. 1818 zu § 329.

10) RG 50, 104; andererseits ist § 92 a StGB auf die Nichteinhaltung von Nebenabreden, z. B. hinsichtlich eines bestimmten Lohnes für die Arbeiter, nicht anwendbar; hierfür genügt der zivilrechtliche Schutz. Für den Begriff des Bevollmächtigten i. S. des früheren § 329 Abs. 3 StGB gelten die Ausführungen zu § 266 Nr. 2 StGB (a. F.).

11) „Entscheidend ist, daß nach der tatsächlichen (!) Gestaltung des Verhältnisses der Mann den Bedarf seines Lebens aus dem Vermögen der Dirne befriedigt, auch wenn es sich dabei nur um einstweilige Vorteile handelt" (RG 45, 267).

12) RG JW 1936, 3461; vgl. auch RG 58, 226. — Daß eine zweckgerichtete Auslegung auch sonst durchweg zu einer Erweiterung der strafrechtlichen Begriffe

6. Von dem Emanzipationsprozeß der strafrechtlichen Begriffsbildung, den wir nun bereits an zahlreichen Tatbestandsmerkmalen festgestellt haben, ist in neuester Zeit auch ein sog. Rechtsgrundbegriff, nämlich der der „öffentlichen Urkunde", ergriffen worden. Daß für seine Inhaltsbestimmung die Vorschriften der ZPO (§§ 415 ff.) gelten sollten, die allgemeinverbindlich und deshalb auch für das strafrechtliche Gebiet maßgebend seien, war bis vor kurzem durchweg anerkannt und entsprach insbesondere auch der ständigen Rechtsprechung des RG[13]). Um so größer ist die Bedeutung der neuesten strafrechtlichen Entscheidungen, die sogar eine Bresche in die bisherige Allgemeingültigkeit dieses Begriffs geschlagen und auch die Urkunden der „Partei" in den strafrechtlichen Schutz einbezogen haben. Zunächst hielt zwar RG 69, 357 noch das Strafrecht an sich als an § 415 ZPO gebunden, stellte dann aber den Prämienschein der Abteilung Lotterie der Reichsleitung der NSDAP „hinsichtlich des strafrechtlichen Schutzes" (!) den von einer öffentlichen Behörde ausgestellten Urkunden gleich und erkannte ihn so im Ergebnis als öffentliche Urkunde i. S. des § 268 StGB an. Die etwas gezwungene Begründung zeigt deutlich, wie schwer es war, die Maßgeblichkeit des § 415 ZPO aufrechtzuerhalten und gleichwohl zu diesem erwünschten Ergebnis zu gelangen; und die neueste Entscheidung RG 70, 210 gibt diesen Grundsatz auch ausdrücklich auf:

„Der Kreis der öffentlichen Urkunden i. S. des §§ 267, 268 StGB wird somit — wie es in gewissem Umfang schon in RG 69, 357 geschehen ist — weiter gezogen als in § 415 ZPO, dessen Begriffsbestimmung bisher (!) auch fürs Strafrecht allgemein anerkannt wurde; dies ist aber nur eine notwendige Folge des Gesetzes vom 1. Dezember 1933" (zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat).[14])

Wenn hierbei auch nicht verkannt werden soll, daß diese durch die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zwingend gebotene Erweiterung des Begriffs der öffentlichen Urkunde sich auch in den übrigen Rechtsgebieten bemerkbar machen muß, so ändert dies nichts an der Tatsache, daß sich die Loslösung von den Begriffsbestimmungen der ZPO eben erstmalig

führt, ergibt sich z. B. aus der Entscheidung des OLG Breslau (DStrR 1935, 459), die als „fremde Hilfe" i. S. des § 361 Nr. 10 StGB nicht nur die Hilfe, die von einer nichtunterhaltspflichtigen Person, z. B. von einem Fürsorgeverband geleistet wird, ansieht, sondern jede Hilfe, die dem Unterstützungsbedürftigen nicht von dem an erster Stelle Unterhaltspflichtigen und Leistungsfähigen zuteil wird. Vgl. hierzu die Anmerkung von Grützner mit Rechtsprechung und Schrifttum.

13) vgl. RG 68, 302; 62, 257 (zu § 415); RG 68, 252 (zu § 417); RG 62, 411 (zu § 418); ferner Olshausen zu § 267 Note 5 S. 1479; Binding II S. 175 ff.

14) RG DJ 1937, 666 stellt die von den Dienststellen der Partei und ihrer Gliederungen (der SS-Standarte) ausgestellten Urkunden nochmals „jedenfalls hinsichtlich der Frage des strafrechtlichen Schutzes" den von öffentlichen Behörden ausgestellten Urkunden gleich. Für andere Fälle hält die Rechtsprechung (RG DJ 1937, 624 und 818) wieder an der Allgemeingültigkeit der §§ 415 ff. ZPO fest.

auf dem Gebiet des Strafrechts vollzogen hat[15]); und wir sehen hierin ein neues Beispiel für die Notwendigkeit einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildung, einen weiteren Beweis für die größere Wirklichkeitsnähe des Strafrechts, das den tatsächlichen Bedürfnissen des Lebens am ehesten Rechnung tragen muß[16]). Von einer begrifflichen Abhängigkeit dürfte u. E. selbst dann nicht mehr gesprochen werden, wenn durch die Anerkennung einer entsprechenden Ausdehnung des Begriffs der öffentlichen Urkunde in außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten im Ergebnis eine Übereinstimmung herbeigeführt würde. Vorerst aber muß noch — und zwar ganz allgemein — die Erkenntnis stärker betont werden, daß es durchaus verfehlt ist, die Begriffe des neuen Strafrechts aus Gebieten zu entnehmen, auf denen die allgemeine Rechtserneuerung noch nicht durchgeführt worden ist.

7. Anerkannt ist diese allgemein zu erstrebende Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung bereits in vollem Umfang für die Tatbestandsmerkmale des § 356 StGB: „Dieselbe Rechtssache" und „Partei". Beide Begriffe sind nicht auf den Zivilprozeß beschränkt; auch in Strafsachen können sich der Täter und der Verletzte — sogar dann, wenn dieser nicht als Privat- oder Nebenkläger auftritt — als „Parteien" i. S. des § 356 StGB gegenüberstehen. Die Parteien brauchen überhaupt keine Prozeßparteien zu sein, vielmehr genügt es bereits, wenn verschiedene Personen an derselben Rechtssache mit widerstreitenden Interessen rechtlicher Art beteiligt sind (RG 66, 320 und RGDStrR. 1937, 256 mit Rechtsprechung). Auch das Merkmal „dieselbe Rechtssache" ist, wie die hier für unsere Fragestellung abermals aufschlußreiche Irrtumsrechtsprechung ergibt, ein spezifisch strafrechtlicher Begriff, der sich[17]) „aus Sinn und Zweck des Strafgesetzes selbst ergibt und danach zu bestimmen ist" (RG 58, 248), obwohl derselbe Begriff auch in § 31 RAO vorkommt. „Quelle des Begriffs aber bleibt § 356 StGB, der ihn aufgestellt hat, während § 31 RAO ihn lediglich von dort übernommen hat". Das nötigt dazu, „den ersteren hier als die begriffsbestimmende Norm (!) anzusehen" (RG 60, 298). Die übergeordnete Stellung des Strafrechts und die Selbständigkeit seiner Begriffsbildung nach rein teleologischen Gesichtspunkten und nicht nach außerstrafrechtlichen Erwägungen läßt sich an diesem besonders gelagerten Beispiel deutlich nachweisen, und sie sollte auch für die übrigen Fälle vorbildlich sein, bei denen

15) und zwar, wie besonders zu betonen ist, ohne Rechtsschöpfung durch entsprechende Gesetzesanwendung. Gerade darin liegt die grundsätzliche methodologische Bedeutung dieser Entscheidungen des RG.

16) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Feststellung in RG DJ 1937, 1361: Beweisvermutungen für öffentliche Urkunden wie in §§ 415, 418 ZPO kennt die Strafprozeßordnung nicht.

17) Mag auch der Ausdruck „Rechtssache" eine Beziehung auf außerstrafrechtliche Rechtsgebiete enthalten.

derartige Beweisgründe, insbesondere gesetzesgeschichtlicher Art, nicht ohne weiteres vorhanden sind[18]).

8. Da es nicht möglich ist, die zahlreichen Auswirkungen der spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise und die mehr oder weniger wichtigen Abweichungen der Begriffe von ihrer in anderen Rechtsgebieten üblichen Auslegung erschöpfend aufzuzeigen, begnügen wir uns im folgenden mit der kurzen Erwähnung einzelner Entscheidungen, die für die Zurückweisung des zivilrechtlich orientierten, namentlich von der Revision zugunsten des Angeklagten vertretenen, Rechtsdenkens charakteristisch sind. Es ist erstaunlich, in wie weitem Maße versucht worden ist, die strafrechtliche Auslegungsmethodik dem zivilistischen Denken unterzuordnen, und wie selbst die feinsten zivilrechtlichen Unterscheidungen, die offensichtlich nur für ihr Heimatgebiet Geltung beanspruchen dürfen, dazu mißbraucht werden sollten, um den Täter der zweifellos verdienten Bestrafung zu entziehen.

Dies gilt z. B. für die bekannte Unterscheidung zwischen der zivilrechtlich unverbindlichen Aufforderung zur Abgabe von Offerten und dem unmittelbar bindenden Vertragsangebot. Mit Recht hat RG 63, 397 das Tatbestandsmerkmal des „Anbietens" von Futtermitteln schon durch die Versendung unverbindlicher Prospekte erfüllt angesehen und die Ansicht der Revision, daß hierunter nur „ein Vertragsangebot i. S. des bürgerlichen Rechts (§ 145 BGB) zu verstehen" sei, zurückgewiesen. Diese Auffassung finde in dem Wortlaut des Gesetzes keine Stütze und trage seinem Zweck — die Abnehmer vor der bloßen Anregung zur Anschaffung der Ware durch falsche Benennungen zu schützen — nicht Rechnung[19]).

Auch der Begriff der „Einwilligung" i. S. des § 218 Abs. 4 StGB bedeutet nicht eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts wirksame — und nach § 138 Abs. 1 BGB etwa nichtige — rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern stellt, völlig unabhängig von dem zivilistischen Gesichtspunkt des Rechtsgeschäfts, entscheidend darauf ab, ob eine freie Willensentschließung vorliegt oder nicht (RG 70, 108)[20]).

18) Abweichend von der erwähnten Irrtumsrechtsprechung, die den Begriff „pflichtwidrig", weil in § 31 RAO wurzelnd, als außerstrafrechtlichen Begriff ansieht (vgl. zuletzt RG DJ 1937, 1156), möchten wir auch dieses Merkmal i. S. unserer Fragestellung als nicht durch außerstrafrechtliche Normen gebunden erachten und demgemäß ebenfalls als strafrechtlichen Begriff bezeichnen. Die Begründung hierfür muß bis zur Erörterung des Begriffs „pflichtwidrig" i. S. des StGB-Entwurfs, wo die Loslösung von rechtlichen Normierungen durch die Einführung dieses Begriffs gerade bezweckt ist, zurückgestellt werden. Vgl. auch unten S. 259.

19) Auch die Einordnung des Begriffs „anbieten" in die Gruppe der strafrechtlichen Begriffe i. S. des § 59 StGB (so RG aaO.) erscheint durchaus zutreffend.

20) Näheres hierüber vgl. unten S. 262.

Daß die §§ 188 ZPO, 104 Abs. 3 StPO auf das materielle Strafrecht nicht übertragen werden dürfen, wenn die Nachtzeit als Tatbestandsmerkmal, wie z. B. in § 246 Nr. 7 StGB, verwendet wird, bedarf wohl keiner näheren Begründung. Auch hier muß das StGB selbständig vorgehen und nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und nach dem Zweck des Gesetzes die dem Diebeshandwerk so günstige Zeit vom Eintritt der Dunkelheit bis zum Beginn der Morgendämmerung strafschärfend berücksichtigen[21]).

C. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilrechtlichen Denken hinsichtlich der Begriffe des Allgemeinen Teils des StGB.

Nachdem wir bisher die von den Tatbeständen des Besonderen Teils verwendeten Merkmale überprüft haben, um an ihnen die Unzulässigkeit der Übertragung außerstrafrechtlicher, insbesondere zivilrechtlicher Begriffe nachzuweisen, müssen wir nunmehr die teleologisch begründete Selbständigkeit des Strafrechts und seine Unabhängigkeit von dem zivilistischen Rechtsdenken schlechthin an den Begriffen und Lehren des Allgemeinen Teils darstellen, deren Ausrichtung am Zivilrecht zum Teil erst neuerdings als bedenklich erkannt und nicht mit Unrecht für die Ausbildung eines abstrakten, wenig volkstümlichen Rechtsdenkens verantwortlich gemacht worden ist. Die Auflockerung der allgemeinen Teile aller Rechtsgebiete mit dem Ziel einer sachlich gebotenen Konkretisierung steht heute im Mittelpunkt aller Reformbestrebungen; und wenn schon die Allgemeingültigkeit und Zweckmäßigkeit vieler Begriffe des Allgemeinen Teils für die wesensmäßige Erfassung der in demselben Rechtsgebiet geregelten Lebensverhältnisse mit triftigen Gründen in Zweifel gezogen wird, dann dürfte erst recht die Übertragbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Zivilrechts auf das Gebiet des Strafrechts problematisch und eine zusammenfassende Untersuchung deser Frage notwendig und zweckdienlich sein. Zunächst scheint es freilich so, als ob die Unabhängigkeit des Strafrechts insoweit viel weniger schwierig zu erreichen, ja fast selbstverständlich wäre, und im Ergebnis werden wir diese Feststellung auch bestätigen können. Demgegenüber muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß gerade im Bereich der Rechtsgrundsätze des Allgemeinen Teils des BGB, der früher durchweg die Funktionen einer allgemeinen Rechtslehre wahrnehmen mußte, die Macht der zivilistischen Doktrin besonders stark gewesen ist. Gerade dieser verbreiteten grundsätzlichen Einstellung gilt unser Kampf, und deshalb ist die Darstellung der Entwicklung selbst da, wo der Angriff bereits erfolgreich vorgetragen wurde, auch heute noch prinzipiell wichtig und eine notwendige Ergänzung der bisher für die Begriffe des Besonderen Teils angestellten Untersuchungen; denn auch

21) RG 3, 209; dazu Olshausen zu § 243 N. 7 S. 1181.

die Selbständigkeit des Strafrechts oder seine Abhängigkeit von den Rechtsgrundsätzen des Allgemeinen Teils des BGB ist wesentlich von der Grundeinstellung über das begriffliche und dogmatische Verhältnis beider Rechtsgebiete bedingt.

1. Die beste Einführung in die Problematik dieser Fragestellung vermittelt die Entscheidung RG 35, 38, die sich mit der strafrechtlichen Berechnung der Altersgrenzen beschäftigt und die — obwohl kaum beachtet — ein besonders gutes Beispiel dafür darstellt, mit welcher Vorsicht das RG die Frage der Übertragbarkeit zivilrechtlicher Gedankengänge auf das Strafrecht zu prüfen pflegt und sogar hier erörtert hat, wo es sich scheinbar um eine rein technische Frage ohne grundsätzliche Bedeutung handelt. Schon ihre Formulierung[1]) läßt mit aller wünschenswerten Deutlichkeit erkennen, daß den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften nichts weniger als Allgemeingültigkeit beigelegt werden darf. Es handelte sich um die Frage, ob der Täter, der abends um 9 Uhr geboren war und die Tat an seinem 18. Geburtstag vor 8 Uhr abends begangen hatte, zur Zeit der Tat bereits 18 Jahre alt war, und sie konnte nur bejaht werden, wenn nach zivilrechtlicher Zeitberechnung (im Gegensatz zu der natürlichen: a momento ad momentum) der erste Tag gemäß § 187 Abs. 2 BGB mitgerechnet werden durfte. Im Gegensatz zur Revision, die für das Strafrecht in erster Linie die Geburtsstunde als für die Berechnung maßgebend ansehen wollte[2]), hat das RG diese Frage bejaht, jedoch mit einer Begründung, die nach der bedauernden Feststellung von Schroeder[3]), die „im Prinzip anerkannte (!) Gemeinsamkeit der — beide Rechtsgebiete verbindenden — Grundlage in ihrer Konsequenz zu verwenden ängstlich vermeidet", und die gerade deshalb für uns vorbildlich ist. Da die Frage weder im StGB noch in der StPO ausdrücklich geregelt ist, mußte geprüft werden, von welchem sonstigen Standpunkt aus der Gesetzgeber ihre Beantwortung habe gefunden wissen wollen:

> *„In Betracht können hierbei nur kommen entweder die nach Befinden als erwiesen zu erachtende Anschauung und Auffassung des allgemeinen deutschen Verkehrslebens, und zwar ohne alle Rücksicht auf etwa vorhandene, hierher gehörige positive Rechtsnormen, möglicherweise also in bewußter Abweichung von diesen, oder auf der anderen Seite die außerhalb des Gebiets des Strafrechts und des Strafprozeßrechts liegenden, auf die hier streitige Frage bezüglichen Vorschriften des Landes- oder Reichsrechts. Ob sich in der oben hervorgehobenen Beziehung durch feststehende Übung und ohne alle Rücksicht auf Vorschriften des geschriebenen Rechts eine allgemeine Auffassung des deutschen Verkehrslebens herangebildet habe,*

1) „Mit welchem Zeitpunkt ist auf dem Gebiet des Strafrechts (!) ein bestimmtes Lebensjahr als vollendet anzusehen?"

2) Hier wirkt sich also die natürliche Betrachtungsweise zugunsten des Täters aus.

3) aaO. S. 367; vgl. oben S. 66.

könnte vielleicht nicht unzweifelhaft erscheinen. Nimmt man aber als gewiß an, sie sei entstanden, so würde dafür, daß nach dieser allgemeinen Auffassung bei Berechnung einer bestimmten Altersgrenze der Tag der Geburt mit einzurechnen sei, ein vollwertiges Zeugnis in dem bei der Entstehung des gegenwärtigen § 187 BGB erfolgten Hinweise darauf gefunden werden dürfen, daß man, was die Berechnung der Altersstufen anlange, durch die im zweiten Satze des Abs. 2 des § 187 getroffene Bestimmung der Anschauung des Lebens und des Verkehrs entgegenzukommen geglaubt habe. Denn diese Worte lassen sich nicht anders auslegen, als dahin, daß nach der vom Gesetzgeber gewonnenen Überzeugung die allgemeine Auffassung des deutschen Verkehrslebens eben das für richtig gehalten hat, was jetzt der § 187 Abs. 2 letzter Satz BGB ausspricht. Nimmt man jedoch an, daß in der Tat die allgemeine Auffassung des deutschen Verkehrslebens die vorstehend angegebene sei, und geht man andererseits davon aus, daß das StGB in den §§ 55—57 nur die dieser Auffassung entsprechende, nicht aber die etwa aus Normen des sonstigen positiven Rechts sich ergebende abweichende Berechnungsweise als maßgebend habe hinstellen wollen, und daß an dieser — stillschweigend getroffenen — Vorschrift des StGB durch das BGB nichts habe geändert werden sollen, noch geändert worden sei, so würde der Ausspruch des angefochtenen Urteils, daß der Angeklagte im Zeitpunkt der Begehung der unter Anklage gestellten Tat das 18. Lebensjahr vollendet gehabt habe, rechtlich nicht zu beanstanden sein.

Das Rechtsmittel muß aber auch dann erfolglos bleiben, wenn man der — nach dem Dafürhalten der gegenwärtigen Instanz richtigen — Ansicht folgt, daß das StGB in Bezug auf die Bestimmungen der Altersgrenzen die Vorschriften des sonstigen geltenden Rechts, also, da eine andere Rechtsquelle nicht wohl in Frage kommen kann, des allgemeinen bürgerlichen Rechts als anwendbar habe hinstellen wollen. Hierfür spricht, daß eine für das Gebiet des Strafrechts, und nur für dieses, gewollte Abweichung von den sonstigen allgemeinen Normen, dafern hierfür nicht die triftigsten Gründe vorlägen, das allgemeine Rechtsempfinden des Volkes unzweifelhaft verletzen müßte. Derartige triftige Gründe lassen sich aber nicht auffinden, namentlich nicht ohne weiteres aus dem inneren Wesen und dem Zweck des Strafrechts ableiten. Ist dem so, so würde in der Tat schwer begriffen werden können, weshalb im Bereiche des Strafrechts die Vollendung des 12. oder des 18. Lebensjahres an einem — und zwar nur um einen einzigen Tag — späteren Zeitpunkt einzutreten habe als auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts. Diese Erwägung drängt zu der Schlußfolgerung, daß der Gesetzgeber bei Erlaß des StGB in bezug auf die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein bestimmtes Lebensjahr als vollendet zu gelten habe, mit den bezüglichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts habe Hand in Hand gehen wollen.“

Bemerkenswert an dieser Begründung ist zunächst, daß das RG sich nicht schlechthin für die Maßgeblichkeit der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen entschieden, sondern dieses Ergebnis zweifach begründet hat, und zwar bezeichnenderweise in erster Linie mit der Erwägung, die wir bereits

wiederholt als richtig festgestellt haben: Nicht weil § 187 Abs. 2 BGB eine bestimmte Berechnung vorschreibt, sondern weil diese der allgemeinen Auffassung des Verkehrslebens entspricht, soll sie auch auf dem Gebiet des Strafrechts Anwendung finden. Nur beinahe hilfsweise — so möchte man fast sagen — bekennt sich das RG zu der „richtigen“, seitdem allgemein vertretenen Auffassung, daß insoweit die Vorschriften des BGB als solche auch für das Strafrecht maßgebend seien; und in der Tat spricht der weitere Hinweis, daß der von beiden Rechtsgebieten verwendete Begriff der Minderjährigkeit nicht abweichend berechnet werden dürfe, stark für die Zweckmäßigkeit der Entscheidung, der — und das ist entscheidend — auch keine Bedenken „aus dem inneren Wesen und Zweck des Strafrechts entgegenstehen“[4]). Ist somit gegen das Ergebnis der Entscheidung nichts einzuwenden, so bleibt doch vom Standpunkt unserer Fragestellung aus zu bedauern, daß die vorbildliche Art der Beweisführung in den Kommentaren und Lehrbüchern nicht wiedergegeben, sondern ganz im Sinne der allgemeinen Akzessorietät des Strafrechts lediglich die Maßgeblichkeit der Vorschriften des BGB festgestellt wird[5]). Zum mindesten erscheint es angebracht, hervorzuheben, daß das RG die Übertragung der zivilrechtlichen Auslegungsregeln über die Berechnung von Fristen auf das materielle Strafrecht in einer späteren Entscheidung (RG 48, 21) als unzulässig abgelehnt hat, weil nur das Strafverfahrensrecht der bürgerlich-rechtlichen Regelung inhaltsgleiche Vorschriften enthalte (§§ 42, 43 StPO)[6]).

2. Sprechen somit wohlerwogene Gründe bei der Frage der Zeitberechnung für das „Hand in Hand gehen“ des Zivil- und Strafrechts[7]), ohne daß letzteres an außerstrafrechtliche Gesichtspunkte geknebelt würde, so zeigt sich andererseits die aus dem besonderen Sinn und Zweck folgende Unabhängigkeit des strafrechtlichen Denkens, insbesondere seine „realisti-

---

4) Daß der von der Revision angeführte Grundsatz in dubio pro reo nicht genügt, um die von ihr erstrebte Abweichung vom Zivilrecht zu rechtfertigen, ist ohne weiteres einleuchtend.

5) Der große Unterschied dieser Begründung von der Entscheidung RG 22, 30, die ohne weiteres die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Landesrechts für die Berechnung der Eidesmündigkeit als entscheidend herangezogen hatte, kommt somit garnicht zum Ausdruck; vgl. auch Lobe (zu § 1 JGG S. 398 Note 1), der eine echte Verweisung i. S. des Art. 4 EGBGB annimmt. Da nicht die Geburtsstunde, sondern der Geburtstag entscheidend ist, wird die Grenze also um den Bruchteil eines Tages vorverlegt gegenüber der natürlichen Berechnungsweise a momento ad momentum, die z. B. für die Berechnung der Freiheitsstrafen und der Wochenfrist des § 239 Abs. 2 StGB gilt; vgl. Binding I S. 101.

6) Anders schon früher die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts z. B. Bd. 3, 267.

7) Dieselbe Streitfrage ist in den zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangenden Urteilen der Oberlandesgerichte Breslau und München (JR 1936 Nr. 2009 und 2010) ausführlich erörtert, und zwar für den Fall, ob § 193 BGB auf die Berechnung der einwöchigen Frist für die Geburtsanzeige i. S. des § 17 PStG anwendbar sei.

schere", d. h. natürlichere Betrachtungsweise um so stärker dort, wo zwischen den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen ein Gegensatz besteht, und zwar zunächst bei der strafrechtlichen Behandlung zivilrechtlicher Vermutungen und Fiktionen. Während ursprünglich RG 4, 30 der zivilrechtlichen Vermutung aus § 1656 des früheren sächsischen BGB, der dem heutigen § 1362 BGB entspricht, auch strafrechtliche Bedeutung beigelegt hatte, weil andererseits „ein unlösbarer Widerspruch zwischen Strafrecht und Zivilrecht" entstehe, genügt nach RG 36, 363 die bürgerlich-rechtliche Vermutung aus § 1362 Abs. 1 BGB nicht zur Feststellung eines Pfandrechts i. S. des § 289 StGB. Die im Zivilrecht aufgestellte Beweisregel ist mit dem das Strafrecht und Strafverfahrensrecht beherrschenden Grundsatz der materiellen Wahrheit und deren Erforschung nicht vereinbar:

„Sie befreit das Strafgericht nicht von der Verpflichtung, sich über die Wahrheit der im Zivilprozeßverfahren bis zum Beweis des Gegenteils als wahr geltenden Tatsachen nach §§ 260, 261 StPO eine Überzeugung zu verschaffen, wobei es den der gesetzlichen Vermutung zugrundeliegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten beweisenden Wert beimessen darf, weil sie in dem zu entscheidenden Falle überzeugende Kraft haben, wobei aber die Beweisregel als Rechtssatz keine Bedeutung hat": RG aaO.

Der Strafrichter darf also nur die der zivilrechtlichen Vermutung zugrundeliegenden Tatsachen berücksichtigen. Deshalb kommt auch die Vorschrift des § 1527 BGB für das Strafrecht „nicht im Sinn einer prozessualen Beweisvermutung[8]) in Betracht, wohl aber bleibt ihr sachlicher Inhalt auch für den Strafrichter von Erheblichkeit" (RG 40, 175)[9]). Im Gegensatz zu diesen „Rechts"-Vermutungen, bei denen stets auf die ihnen zugrundeliegenden Tatsachen zurückgegriffen werden muß, dürfen Tatsachenvermutungen unmittelbar berücksichtigt werden, z. B. die Todesvermutung aus § 18 Abs. 2 BGB für die Entscheidung der Frage, ob die Ehe eines Verschollenen aufgelöst worden ist (RG 57, 278). Auch im Strafrecht kann also der Eintritt des Todes unter diesen Voraussetzungen als erwiesen erachtet werden, ohne daß es für diese Feststellung des Erlasses einer Todeserklärung bedürfte. Ebenso ist es unbedenklich, die — von Ausnahmen durchbrochene (vgl. § 1592 Abs. 2 BGB) — Regel des § 1717 Abs. 2 BGB bei der tatsächlichen Würdigung, ob eine beschworene Aussage unwahr ist, mit als Beweiszeichen zu verwerten[10]). Denn auch hier handelt es sich um Erfahrungssätze tatsächlicher Art, nicht

8) Daß das bei der Errungenschaftsgemeinschaft vorhandene Vermögen Gesamtgut sei.

9) „Es ergibt sich für ihn nur die Besonderheit, daß er von Amts wegen zu ermitteln hat, ob das betreffende Gut nach den gedachten Regeln Sondergut ist und daß, wenn sich keine sichere Aufklärung gewinnen läßt, die dem Angeklagten jeweils günstigste Unterstellung Platz zu greifen hat": RG aaO.

10) so RG 1 D 88/35.

nur um juristische Konstruktionen. Daß die zivilrechtliche Vermutung des § 1590 Abs. 2 BGB für die Auslegung des Begriffs „unehelich" i. S. des § 217 StGB nicht zwingend ist, wird, wie wir bereits früher[11]) hervorgehoben haben, gerade im Hinblick „auf die selbständige Natur des Strafrechts" (Olshausen) anerkannt[12]).

Der Vorrang der tatsächlichen Verhältnisse vor rechtlichen Konstruktionen zeigt sich noch deutlicher bei der Frage der strafrechtlichen Behandlung der Rückwirkung bestimmter Rechtsfolgen, die bereits mehrfach untersucht worden ist und der Schubert[13]) eine besondere Abhandlung gewidmet hat, nachdem das Problem erstmalig wohl von Müller[14]) aufgegriffen worden war[15]). Wenn Müller hierbei zu dem Ergebnis gelangt, die Beachtung der tatsächlichen Verhältnisse sei für den Strafrichter vordringlicher als deren zivilistische Betrachtung, so ist diese Erkenntnis um so höher zu bewerten, als Müller noch von der falschen Vorstellung einer unbedingten begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts ausgeht und sich deshalb schwerer zu der hier einfach selbstverständlichen Loslösung vom zivilrechtlichen Denken durchringen kann. Die theoretischen Erwägungen zur vertieften Begründung dieses Ergebnisses sind später von Schubert zusammengefaßt worden, der insbesondere den Gesichtspunkt der für das Strafrecht unanwendbaren Fiktion hierbei verwendet[16]). Erwähnenswert ist seine Bemerkung[17]), daß man zu diesem Ergebnis leichter unter Heranziehung allgemeiner strafrechtlicher Gedanken gelange als auf Grund konstruktiver Erwägungen — eine Erkenntnis, deren allgemeine Bedeutung durch unsere Beispielsfälle in erheblich erweitertem Umfang bestätigt werden dürfte. Auch Lobe[18]) stellt fest, daß die Wiederherstellung eines Rechtszustands durch das Mittel der Fiktion nur zur Regelung der Rechtsfolgen des bürgerlichen Rechts geschaffen worden ist und deshalb auf die strafrechtliche Beurteilung keine Wirkung ausüben kann:

„Solche Fiktionen (§ 817 BGB) können außerhalb des Rechtsgebiets, das sie für seine Zwecke verwertet, hier also außerhalb der Ordnung des

11) vgl. oben S. 225.

12) Diese Abweichung vom Zivilrecht beruht aber in erster Linie darauf, daß der Begriff „unehelich" sich schon nicht mit dem gleichlautenden des BGB deckt. Wegen dieser Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung braucht das richtige Ergebnis nicht mit dem Wesen der Vermutung und ihrer strafrechtlichen Behandlung begründet zu werden.

13) Die ex tunc-Wirkung des bürgerlichen Rechts und ihre Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung. Dissertation Freiburg 1928.

14) Lediglich für die Frage der Rückwirkung der Ehenichtigkeitserklärung in Seuff. Bl. f. Rechtsanw. 71, 541 fg.

15) In Hinblick auf diese Vorarbeiten, die Lobe, Frank-Festgabe S. 42 ff., nochmals ausführlich überprüft hat, können wir uns hier kurz fassen.

16) vgl. S. 35 Note 154 aaO.; daselbst ausführliches Schrifttum.

17) aaO. S. 29.

18) aaO. S. 47.

bürgerlichen Rechts, keine Geltung beanspruchen. Im Bereich des Strafrechts haben sie überhaubt keine Stätte": RG 44, 240.

Hinsichtlich der Begründung im einzelnen können wir auf die Ausführungen von Schubert und Lobe verweisen; zu betonen ist aber, daß das Anwendungsgebiet der Rückwirkung, die ja überwiegend bei vertraglichen Rechtsverhältnissen in Betracht kommt, und damit auch das Problem ihrer strafrechtlichen Behandlung weitgehend davon abhängt, in welchem Umfang man dem zivilistischen Denken im Strafrecht Einfluß einräumt; und es ist einleuchtend, daß mit der von uns erstrebten Emanzipation des Strafrechts von zivilistischen Begriffsfesseln und Gedankengängen auch die Anwendungsfälle der Rückwirkung erheblich verringert werden[19]). Soweit sie überhaupt in Betracht kommt, muß ihr aber strafrechtlich jede Bedeutung abgesprochen werden, da es für die strafrechtliche Beurteilung ausschließlich auf diejenigen Verhältnisse ankommt, die zur Zeit der Tat bestanden haben. Dies ist heute allgemein anerkannt, so daß wir lediglich die Durchführung dieses Grundsatzes in der neueren Rechtsprechung des RG[20]) aufzuzeigen brauchen:

Daraus, daß die Nichtigkeit einer vernichtbaren Ehe nach ihrer Auflösung ohne weiteres geltend gemacht werden kann, „folgt indessen nicht, daß . . . die bisherigen Wirkungen der vernichtbaren Ehe rückwirkend als weggefallen zu erachten seien, wie wenn die Ehe überhaupt nicht geschlossen wäre. Denn abgesehen davon, daß selbst nach bürgerlichem Recht diese Rückwirkung keineswegs ausnahmslos eintritt (vgl. z. B. §§ 1344, 1699 BGB), kann ihr strafrechtlich nicht die gleiche Tragweite wie nach bürgerlichem Recht beigemessen werden. Die Voraussetzungen für die Anwendung des Strafgesetzes bemessen sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt, in dem die strafbare Handlung begangen ist. Eine Rückwirkung des bürgerlichen Rechts auf Grund nach der Tat eingetretener Rechtsänderungen vermag daher weder strafbar zu machen, was nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zur Zeit der Tat straflos war, noch die Straflosigkeit einer zur Zeit ihrer Begehung strafbaren Handlung herbeizuführen (vgl. z. B. RG 60, 37/38)": RG 60, 247.[21])

19) Für die noch zu erörternden Fälle der zivilrechtlichen Nichtigkeit strafrechtlich erheblicher Rechtsverhältnisse ist sie so gut wie ganz ausgeschaltet.

20) Über die Unerheblichkeit einer nachträglich erteilten Genehmigung vgl. neuerdings auch Dahm, JW 1936, 2556 mit Verweisungen und K. Schäfer, DStrR 1938, 130; über die „Nichtigkeit ex nunc", insbesondere bei der Nichtigkeitserklärung der Ehe, ausführlich Siebert DRWiss. aaO. S. 211 ff.

21) Vgl. auch RG 47, 287: Die Eheanfechtungserklärung wirkt nur privatrechtlich zurück, nicht auch i. S. der StPO. Die tatsächlichen Wirkungen lassen sich durch den Richterspruch nicht so beseitigen wie das Rechtsverhältnis; RG 61, 394: Die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung entfällt nicht durch nachträgliche Genehmigung; RG 66, 123: Ein Mangel in der Besetzung des Gerichts kann nicht nachträglich durch Verfügung des LGPräsidenten behoben werden; RG 66, 179: Die Anfechtung des Eigentumsübergangs wirkt strafrechtlich nicht zurück; RG 66, 266: Die nachträgliche Genehmigung der Rechtsmitteleinlegung durch den Angeklagten ist unbeachtlich; RG 67, 211: Die Aushändigung des Verpflichtungsscheins macht den Freiwilligen nicht von seinem tatsächlichen Eintritt in die Wehrmacht an zum Soldaten.

Auch hier zeigt sich also, daß die Rechtsbegriffe und Rechtsgrundsätze des Zivilrechts sich nicht auf das nach Sinn und Zweck verschiedene Gebiet des Strafrechts übertragen lassen, da sie im wesentlichen auf die Bedürfnisse des rechtsgeschäftlichen Verkehrs zugeschnitten sind und der besonderen Regelung bürgerlich-rechtlicher Willenserklärungen dienen sollen. Ebenso erklärt sich auch eine weitere Abweichung vom privatrechtlichen Denken, die wir bei der Frage des Strafantragsrechts kennenlernen und die wegen der allgemein betonten öffentlich-rechtlichen Natur dieser Rechtseinrichtung einleuchtend erscheint: Das Strafantragsrecht einer Gesellschaft geht nicht dadurch verloren, daß ein einzelnes Vorstandsmitglied von der strafbaren Handlung und der Person des Täters Kenntnis erlangt hat, ohne binnen der vorgeschriebenen Frist von drei Monaten den Antrag zu stellen:

„Das StGB enthält keine Vorschrift, die beim Vorhandensein einer Mehrheit von gesetzlichen Vertretern des Verletzten den Lauf der im § 61 geordneten Antragsfrist schon mit dem Zeitpunkt beginnen ließe, wo auch nur einer der zur Vertretung Berechtigten von der strafbaren Tat und den Person des Täters Kenntnis erlangt hat (RG 35, 270). Ein derartiger Grundsatz ist zwar für das Gebiet des bürgerlichen Rechts aus mehreren inhaltlich übereinstimmenden Vorschriften[22]) *hergeleitet worden. Diese Bestimmungen verdanken (jedoch) ihre Entstehung den Bedürfnissen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Sie darüber hinaus auf Verhältnisse des öffentlichen Rechts zu übertragen, erscheint bedenklich": RG 47, 339.*

Diese Entscheidung gewinnt an Bedeutung, wenn man bedenkt, daß § 65 StGB — obwohl die zivilrechtliche Regelung der Geschäftsfähigkeit nicht ohne weiteres für die „öffentlich-rechtliche Handlungsfähigkeit" maßgebend ist[23]) — gleichwohl die Antragsmündigkeit in Anlehnung an die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit geregelt hat. Deshalb hätte man schon eher geneigt sein können, auch die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze über Willenserklärungen insoweit auf das Strafantragsrecht zu übertragen, wenn dem nicht die öffentlich-rechtliche Natur dieses Rechts engegenstünde. Ähnlich hat auch bereits RG 7, 7 bestimmte Grundsätze des ALR über die vermutete Vollmacht nicht auf die Stellung des Strafantrags angewandt und betont, daß die nicht erschöpfende Regelung der § 61 ff. StGB nicht durch landesrechtliche Bestimmungen, die ihrem Inhalt und ihrer Stellung nach nur auf privatrechtliche Verhältnisse bezogen werden könnten, sondern nur aus „allgemeinen Grundsätzen", d. h. solchen strafrechtlichen

22) vgl. z. B. § 28 BGB; § 232 Abs. 2 HGB (a. F.); § 35 Abs. 2 GmbHG; dazu RGZ 53, 231.

23) vgl. hierzu Lobe (LK) zu § 65 Note 1 S. 439.

Inhalts, ausgelegt bzw. ergänzt werden dürfe. Da die öffentlich-rechtliche Strafantragsfähigkeit mit der privatrechtlichen Verfügungsbefugnis nichts zu tun hat, ist auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene OHG-Gesellschafter und die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau — unabhängig von dem Verwaltungsrecht ihres Ehemannes — als „Verletzte" strafantragsberechtigt[24]).

Wenn wir im folgenden noch einige weitere Beispiele aus dem Allgemeinen Teil unter der unserer Untersuchung zugrundeliegenden Fragestellung betrachten, um die zahlreichen Auswirkungen dieses allgemeinen Problems aufzuzeigen[25]), so mag nochmals betont werden, daß wir uns in diesem Zusammenhang nicht näher mit dem jeweiligen Fragenkreis beschäftigen können[26]) und weitgehend auf diejenigen Spezialuntersuchungen verweisen müssen, die sich mit den einzelnen Streitfragen genauer befassen. Das dürfen wir auch um so mehr, als unsere — insoweit negative — Aufgabe bereits dann erfüllt ist, wenn wir die Entwicklung zur Emanzipation des Strafrechts aufgezeigt und das Bedürfnis nach einer selbständigen strafrechtlichen Betrachtungsweise nachgewiesen haben. Mit der positiven Inhaltsbestimmung dagegen, die — wie nicht verkannt werden soll — oft sehr schwer ist, brauchen wir uns hier nicht zu beschäftigen. Deshalb kann es sich im folgenden auch nur darum handeln, die zahlreichen Einzeluntersuchungen von einem bestimmten Blickpunkt aus zu überprüfen und durch diese — bisher noch nicht erfolgte — Zusammenschau zu zeigen, wie auch hier die Gesamtentwicklung — teils bewußt, teils unbewußt, hier mehr, dort weniger, aber überall bereits deutlich nachweisbar — zur Unabhängigkeit des Strafrechts, seiner Begriffsbildung und Auslegungsmethodik drängt, wie wir sie bisher vorwiegend an Hand der Tatbestandsmerkmale des Besonderen Teils darzustellen uns bemüht haben.

3. Daß es eine rein strafrechtliche *Verhandlungsfähigkeit* gibt, die von der Prozeßfähigkeit des bürgerlichen Verfahrensrechts grundverschieden und unabhängig ist, hat RG 70, 176 noch neuerdings erst wieder anerkannt. Deshalb kann selbst gegen einen geisteskranken Angeklagten die Hauptverhandlung ohne Bestellung eines gesetzlichen Vertreters durchgeführt werden, sofern er sich nur in einem solchen Zustand geistiger Freiheit noch befindet, daß mit ihm strafrechtlich verhandelt werden kann. Es muß also zwischen verhandlungsfähigen und verhandlungsunfähigen Geisteskranken unterschieden werden, und die Durchführung der Hauptverhandlung gegen einen Geisteskranken verbietet sich nach der Natur der Sache und dem Sinn des Gesetzes, wie er aus § 203 StPO folgt, erst dann, wenn der Angeklagte an der Wahrnehmung seiner Rechte und der vernünftigen Vertretung seiner Interessen durch die Geisteskrankheit gehindert, also in diesem strafrechtlichen Sinne verhandlungsunfähig ist[27]). Auch hier ist also das Strafrecht von — sei es auch nur mittelbaren — Bindungen ans Zivilrecht, wie sie z. B. hinsichtlich der Prozeßfähigkeit gemäß § 52 ZPO bestehen, frei.

Eine ähnliche Selbständigkeit besteht hinsichtlich des strafrechtlichen *Schuldbegriffs* einschließlich der strafrechtlichen *Zurechnungsfähigkeit*, obwohl hier im einzelnen noch manches zweifelhaft ist. Daß es grundsätzlich verfehlt wäre, die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit in Anlehnung an die zivilrechtliche Geschäfts- oder Deliktsfähigkeit zu regeln, haben wir bereits gegenüber den zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangenden Beratungen des Schweizerischen Juristentags hervorgehoben[28]). Mit Recht stellt Müller-Erzbach[29]) fest, daß die Psychiatrie, weil sie die Zurechnungsfähigkeit im straf- und zivilrechtlichen Sinne bei derselben Person ganz verschieden beurteilt, damit „die Bedürfnisse des Rechts tiefer erkannt hat als der frühere Gesetzgeber, der mit Vorbehalt in § 104 Nr. 2 BGB zum Kennzeichen der Unzurechenbarkeit für das bürgerliche Recht die strafrechtliche Formel des § 51 StGB wiederholt hat". Auch der Fundamentalbegriff des Verschuldens besage für das Strafrecht etwas anderes und müsse hier einen anderen Inhalt haben als im Privatrecht[30]). Hinsichtlich der Einzelheiten dieser Fragen, die auch auf dem 34. Deutschen Juristentag erörtert, aber keineswegs einheitlich beurteilt worden sind, mag auf die Arbeit von W. Goldschmidt verwiesen werden, die den Stand der Ansichten über den Begriff der „Schuld im Straf- und Zivilrecht"[31]) ausführlich wiedergibt, im übrigen aber für unsere Fragestellung wenig ergiebig ist. Das liegt an der besonderen Methode Goldschmidts, der die von ihm zu beweisende Identität des zivil- und strafrechtlichen Schuldbegriffs zunächst einmal unterstellt, um dann die Folgerungen aufzuzeigen, die sich aus dieser These „für das Zivilrecht" (!) ergeben, und so die Zweckmäßigkeit seiner Ausgangsthese zu beweisen. Unterscheidet sich somit diese — u. E. durchaus verfehlte — Art der Be-

---

24) RG 41, 103; 34, 65; vgl. ferner RG 12, 404: Der Verzicht des Minderjährigen auf sein Zeugnisverweigerungsrecht ist auch ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirksam; denn auch hier handelt es sich *nicht* um eine zivilrechtliche Willenserklärung.

25) und um den Gedankengang jeweils soweit fortzuführen, bis die Loslösung vom Zivilrecht sich als notwendig erweist.

26) Erforderte doch, wie Lobe 1898 S. 11 mit Recht betont, die Darstellung jedes einzelnen Begriffs eine besondere Abhandlung.

27) vgl. RG 52, 36; 29, 324; 1, 149. Vgl. neuerdings Niederreuther, DR 1937, 412, der m. R. auf diese und zahlreiche andere Abweichungen zwischen dem Zivil- und Strafprozeß und auf die Notwendigkeit ihrer Beachtung für den neu einzuführenden Adhäsionsprozeß hinweist.

28) vgl. oben S. 42 fg.

29) 1932 S. 82.

30) aaO. S. 25; dies wird als Beispiel für die Inhaltsverschiebung und Bedeutungsänderung der Begriffe je nach dem Standpunkt der Beurteilung erwähnt.

31) 1934; insbes. S. 14, 54 ff.

weisführung und ihr Ziel von dem unserer Untersuchung grundlegend, so dürften selbst die Ergebnisse und Ausführungen Goldschmidts wenig geeignet sein, seine Grundauffassung zu rechtfertigen; insbesondere beweisen sie nichts für die Annahme einer begrifflichen Bindung des Strafrechts ans Zivilrecht. Im Gegenteil, auch Goldschmidt hebt ausdrücklich hervor, daß „er damit nicht einer kritiklosen Übernahme zivilistischer Begriffe für das öffentliche Recht das Wort reden will", daß sich sogar „Korrekturen zivilistischer Begriffe ergeben", die als „Verbesserungen des Zivilrechts" anzusprechen seien. Selbst wenn man aber davon absieht, daß aus diesem Grunde das Zivilrecht stärker zur Geltung kommt, so sprechen die Ergebnisse Goldschmidts eher gegen als für die von ihm unterstellte Identität des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Schuldbegriffs. Sogar Mittermaier, der einer Emanzipation des Strafrechts nichts weniger als wohlwollend gegenübersteht, hat bereits hervorgehoben[32]), daß nahezu jeder Fall im Zivil- und Strafrecht „ein eigenes Gesicht der Schuld" trage und daß „von einer Einheitlichkeit der Begriffe — abgesehen von den allgemeinsten Grundsätzen — kaum die Rede sein" könne. Deshalb bekennen wir uns auch hier zu der Auffassung, daß nur die Ausbildung eines selbständigen Schuldbegriffs den verschiedenen Grundgedanken und Zweckbestimmungen beider Rechtsgebiete sinnvoll dienen kann. Insbesondere gilt dies für die im neuen Strafrecht selbständig umschriebenen Schuldformen, in denen der Wandel zur materiellen Schuldauffassung deutlich zum Ausdruck kommt. Im Gegensatz zu dem Begriff des Vorsatzes, bei dem die Unterschiede zwischen der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Betrachtungsweise „nicht groß sein können"[33]), ist schon nach bisherigem Recht die abweichende Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit in beiden Rechtsgebieten von der herrschenden Meinung[34]), insbesondere von der Rechtsprechung des RG anerkannt:

„Die Rechtsbegriffe der Fahrlässigkeit im strafrechtlichen Sinn und im zivilrechtlichen Sinn sind keineswegs dieselben" (RGZ 129, 60). „Darauf, ob der Schaden für den Täter (Kraftfahrzeughalter) als Erfolg seines Verhaltens voraussehbar war, kommt es — anders als für den Begriff der Fahrlässigkeit im Sinn des Strafrechts (RGZ 69, 344; 128, 328; RGStr 22, 357) — für die Anwendung des § 276 BGB nicht an (vgl. u. a. RGZ 81, 361). Es genügt vielmehr, daß der Halter objektiv betrachtet, bei Anwendung der allgemeinen Verkehrssorgfalt i. S. des § 276 BGB die Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Erfolgs seiner Handlung und Unterlassung im allgemeinen hätte erkennen müssen": RGZ 136, 10.

„Der strafrechtliche Begriff der Fahrlässigkeit ist im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen nur dann erfüllt, wenn der Täter die Sorgfalt außeracht läßt, zu der er nach den Umständen und nach seinem persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande ist (RG 56, 349)": RG JW 1937, 167.[35])

32) Bei der Besprechung Goldschmidts in MonKrimPsych 1935, 275.

33) vgl. Goldschmidt aaO. S. 70, aber bezeichnenderweise nicht, weil das StGB den zivilrechtlichen Begriff übernommen hätte, sondern weil die strafrechtlichen Ergebnisse von der Zivilrechtswissenschaft als selbstverständlich herangezogen würden.

34) vgl. hierüber Goldschmidt aaO. S. 101.

Deshalb wird auch im neuen Recht die ursprünglich vorgesehene Fassung: „aus Mangel an der pflichtgemäßen Sorgfalt" gerade im Hinblick auf die ähnliche Ausdrucksweise des § 276 BGB bewußt in den häufig vom Strafrecht verwendeten Begriff „pflichtwidrig" umgeändert werden.

4. Viel zweifelhafter als die Selbständigkeit des strafrechtlichen Schuldbegriffs ist die Frage der Anerkennung einer spezifisch strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, die über Begriffsbildungsprobleme i. e. S. hinausgeht und schon früher erörtert worden ist, aber in jüngster Zeit neuen Auftrieb erhalten hat. Der Stand der Rechtslehre ist von Seib[36]) ausführlich dargestellt worden, sodaß wir auch hier hinsichtlich der Einzelheiten auf eine Spezialuntersuchung verweisen können, die allerdings im Anschluß an die herrschende Lehre[37]) die Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsbegriffs, insbesondere gegen Hegler[38]) und Lobe[39]), verteidigt, ohne jedoch über den recht abgegriffenen Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung wesentlich hinauszukommen. Da sich dieser Einwand schon ebenso oft als unbegründet herausgestellt hat, wie wir ihn gehört haben, vermag er auch jetzt uns wenig zu schrecken, obwohl ihm hier eine erhöhte Berechtigung scheinbar nicht abgesprochen werden kann. Damit wird aber die Auffassung Lobes, der mit durchaus beachtlichen Gründen darauf hingewiesen hatte, daß der Ausschluß der Rechtswidrigkeit immer nur auf der Anerkennung der vom bürgerlichen Recht für sein Gebiet getroffenen Regelung durch das Strafrecht selbst für sein Gebiet beruhe, in keiner Weise widerlegt:

„Die Vorschriften des BGB wirken nicht auf das Gebiet des Strafrechts hinüber, sondern es ist die Strafrechtsordnung selbst, die für ihr Gebiet nun auch die jenen Vorschriften zugrundeliegenden Tatbestände als Rechtfertigungsgrund . . . gelten läßt."[40])

Ebenso haben die Ausführungen Heglers, eine teleologische Betrachtungsweise müsse eine besondere Rechtswidrigkeit i. S. des Strafrechts und der sonstigen einzelnen Rechtsteile anerkennen, da diese eben teleologisch verschieden und die einzelnen Teile der Rechtsordnung unter einem verschie-

35) vgl. ebenso Engisch, Einheit S. 44 und H. Mayer Strafrecht S. 225, ferner RG 67, 19 und OLG Kiel DJ 1937, 1289; Niethammer ZStrW 57, 433.

36) Die Bedeutung der rechtlichen Bewertung eines Verhaltens durch ein Rechtsgebiet für seine Beurteilung im allgemeinen. Dissertation Gießen 1933.

37) nachdem diese auch durch die Beratungen des 34. Deutschen Juristentags (2. Bd. S. 420 ff.) überwiegend bestätigt worden war.

38) Frank-Festgabe I S. 274 Note 2.

39) Frank-Festgabe I S. 56 ff.

40) aaO. S. 57; vgl. auch LK S. 26; diese Erkenntnis haben wir schon wiederholt festgestellt.

denen Gesichtswinkel zu betrachten seien[41]), nichts an Bedeutung verloren. Wie schwer es ist, einen einheitlichen Begriff der Rechtswidrigkeit durchzuführen, beweisen auch die Ausführungen von Engisch, der — unter Bezugnahme auf Seib — lediglich einen rein formalen, einheitlichen Begriff der Rechtswidrigkeit i. S. der Rechtsnormwidrigkeit aufstellt[42]) und zugibt, daß materielle Unterschiede zweifellos bestehen und sich aus der „Verschiedenheit der Ordnungen" ergeben.

Lediglich kurz zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang[43]) die jüngsten Bemühungen, den Begriff der Rechtswidrigkeit im Willensstrafrecht, der mit der sehr bestrittenen Frage der Trennung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld eng zusammenhängt, einen neuen und selbstverständlich vom Zivilrecht abweichenden Inhalt zu geben, wie sie namentlich von den Vertretern der Kieler Schule, vor allem von Dahm und Schaffstein unternommen worden sind. Von diesem Standpunkt ausgehend hat neuerdings Braun[44]) nachdrücklich betont, daß der neu gewonnene Rechtswidrigkeitsbegriff i. S. einer spezifisch strafrechtlichen Rechtswidrigkeit verstanden werden müsse und durch den Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung nicht in Frage gestellt werden könne. Die teleologische Beweisführung Heglers müsse erst recht für den neuen Rechtswidrigkeitsbegriff gelten, der an die verbrecherische, d. h. spezifisch strafrechtlich bedeutsame Gesinnung des Täters anknüpfe[45]). Die Erörterungen über diese ebenso wichtige wie schwierige Grundfrage des neuen Strafrechts sind zur Zeit noch im Fluß und von einer einheitlichen Auffassung weit entfernt. Während Schwinge-Zimmerl[46]) den von Schaffstein[47]) befürworteten, zunächst aus der Abstufbarkeit der materiellen Rechtswidrigkeit hergeleiteten spezifisch strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff zwar nicht ablehnen, ihm aber jegliche rechtsinhaltliche Bedeutung absprechen, erkennt H. Mayer, der in bewußtem Gegensatz zu den amtlichen

41) aaO. S. 275; man müsse die Frage der Abscheidung des Strafrechts schon bei der Rechtswidrigkeit einsetzen lassen.

42) aaO. S. 55 ff.; vgl. dazu Seib S. 79: „Die Zurückführung des Rechtswidrigkeitsbegriffs auf die Norm ermöglicht erst eine einheitliche Auffassung des Rechts".

43) ohne daß auf sie hier näher eingegangen werden kann.

44) In Anlehnung an die neueren Arbeiten von Schaffstein und unter Bezugnahme auf Hegler ausführlich.

45) Während für die besonderen Zwecke des Privatrechts ein ausschließlich an dem Gesichtspunkt der Rechtsgutverletzung orientierter Rechtswidrigkeitsbegriff am Platze sei.

46) aaO. S. 56.

47) JStrW 55, 26; vgl. jetzt auch JStrW 57, 325: eindeutig gegen die Gleichheit des strafrechtlichen und zivilrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs: „Zahlreiche dogmatische Grundbegriffe wie Schuld, Fahrlässigkeit, Kausalzusammenhang haben seit langem eben wegen dieser Wesensverschiedenheit beider Rechtsgebiete in der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung eine andere Inhaltsbestimmung erfahren als in der des Strafrechts."

Erneuerungsarbeiten ein besonderes „Tatstrafrecht" entwickelt hat, einen selbständigen Begriff der Strafrechtswidrigkeit um so stärker an:

> *„Wenn uns sowohl im Strafrecht wie im Zivilrecht der Begriff der Widerrechtlichkeit begegnet, so liegt der Verdacht nahe, daß der gleiche Name verschiedene Begriffe deckt; und so verhält es sich in der Tat. Es ist jedenfalls ganz unmöglich deduktiv, d. h. praktisch von der Wortethymologie aus vorzugehen und so einen Allgemeinbegriff der Widerrechtlichkeit zu ermitteln und dann die verschiedenartig aufgebauten Rechtsgebiete in das Schema des angeblich notwendigen Grundgedankens hineinzupressen . . . Vielleicht wäre es überhaupt besser, im Zivilrecht konsequent vom Unrecht, im Strafrecht von Widerrechtlichkeit[48]) zu sprechen . . .; so würde auch der Anschein eines Widerspruchs zwischen Strafrecht und Zivilrecht vermieden."[49])*

Auch für uns besteht kein Zweifel, daß zum mindesten in Zukunft die Selbständigkeit des spezifisch strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs anerkannt werden muß und wird[50]). Wie so oft pflegt auch hier die viel berufene „prästabilierte Harmonie" der Rechtsordnung dazu mißbraucht zu werden, um die Allgemeingültigkeit eines formalen Begriffs zu begründen; und der ebenfalls bekannte und bequeme Einwand, die Einheit der Rechtsordnung lasse es als untragbar erscheinen, daß eine Handlung zivilrechtlich und strafrechtlich verschieden bewertet werde, schreckt uns nicht, wenn es gilt, dem besonderen Sinn und Zweck eines Rechtsgebiets Geltung zu verschaffen. In dieser Auffassung werden wir auch durch die in Aussicht genommene Neuregelung im Entwurf des StGB bestärkt: Nach der neuen Begriffsbestimmung des Notstands hängt die Frage, ob der Täter ein Recht hatte, so zu handeln, oder ob ihm daraus lediglich kein Vorwurf gemacht werden soll, vom gesunden Volksempfinden ab, und es ist sehr wohl möglich[51]), daß die Tat nach gesundem Volksempfinden als rechtmäßig angesehen werden kann, selbst wenn dem Täter ein eigentliches Notrecht i. S. des BGB nicht zur Seite steht. Im übrigen unterscheiden sich in Zukunft die Definitionen des Strafrechts über Notwehr und Notstand erheblich von denen des BGB[52]), und wenn ein Sachverhalt, der einen Rechtfertigungsgrund i. S. des Zivilrechts darstellt, im Strafrecht ebenso gewertet wird, so liegt diese zufällige Übereinstim-

48) Nach unserer Auffassung besser umgekehrt.

49) Strafrecht S. 225.

50) Die Amtliche Strafrechtskommission hat sich, wie Dahm bei Gürtner S. 424 mitteilt, auch hinsichtlich der „Rechtswidrigkeit" des erstrebten Vermögensvorteils i. S. des § 263 StGB von der „formal-bürgerlich-rechtlichen Denkweise" der herrschenden Lehre freigemacht und die Loslösung von den bisher als maßgebend angesehenen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts durch die Änderung des Wortlauts in „unberechtigt" zum Ausdruck gebracht.

51) Belege für die Richtigkeit dieser Auffassung können erst später gebracht werden.

52) Auf diese positiv-rechtlich bedingte Verschiedenheit und ihre Auswirkungen soll hier nicht eingegangen werden.

mung wiederum nicht an der Fernwirkung der Allgemeingültigkeit zivilrechtlicher Normen, sondern daran, daß das StGB denselben Tatbestand — aber keineswegs nur ihn — ebenfalls als Rechtfertigungsgrund im strafrechtlichen Sinne anerkennt.

5. Viel deutlicher tritt die Emanzipation des Strafrechts in Erscheinung bei der strafrechtlichen Beurteilung der „Einwilligung", die durch § 226a StGB als gesetzliches Tatbestandsmerkmal eingeführt, aber auch schon vorher allgemein als Rechtfertigungsgrund erörtert worden ist, und die ein besonders schönes Beispiel für die Unzulässigkeit der Übertragung zivilrechtlicher Begriffe und Gedankengänge auf das Strafrecht darstellt. Daß auch das Merkmal „Einwilligung" i. S. des § 218 Abs. 4 StGB nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung i. S. des BGB aufgefaßt werden darf (RG 70, 108), haben wir bereits früher[53]) hervorgehoben; aber auch hinsichtlich des sog. allgemeinen Rechtfertigungsgrunds der Einwilligung ist die Selbständigkeit des Strafrechts in zahlreichen Einzelfragen und wohl auch in grundsätzlicher Hinsicht überwiegend anerkannt[54]). „Für die Einwilligung als allgemeinen Rechtfertigungsgrund auf die Grundsätze des BGB zurückzugreifen, würde zu verkehrten Ergebnissen führen" (Mezger). Gerade weil sie keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, hängt ihre strafrechtliche Wirkung auch nicht von der Erfüllung der Vorschriften des BGB über ihren Abschluß ab: Deshalb kommt es auf die bürgerlich-rechtliche Geschäftsfähigkeit ebensowenig an wie auf die strafrechtliche Handlungsfähigkeit, sondern auf „die geistige Reife für beachtliche Willenskundgebungen auf dem Gebiet des sozialen Lebens". Die strafrechtliche Wirkung der Einwilligung setzt daher nicht ihr Zugehen i. S. der §§ 130 ff. BGB voraus; sie tritt ein, wenn sie objektiv erteilt war, auch wenn sie der Täter nicht gekannt hat oder hätte kennen müssen; und nach verbreiteter Meinung braucht sie nicht einmal erklärt zu werden. Auch eine Stellvertretung i. S. der Regeln des BGB ist nicht zulässig; ihre nachträgliche Erteilung ist bedeutungslos, und nicht einmal für Willensmängel darf ohne weiteres auf die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zurückgegriffen werden[55]). Bereits diese überwiegend anerkannten Abweichungen vom BGB kennzeichnen zur Genüge die spezifisch strafrechtliche Natur der Einwilligung, auch i. S. des § 226a StGB.

53) vgl. oben S. 247.

54) vgl. ausführlich hierüber Lobe, LK S. 44 ff.; Mezger Strafrecht S. 207 ff. sowie die im folgenden erwähnten Einzelschriften; neuerdings Dahm JW 1936, 2503 unter Hinweis auf RG 41, 392; 60, 34.

55) Näheres über die verschiedenen Theorien bei Lobe, Mezger, Creifelds, Schrey aaO. und Schäfer-Dohnanyi, Frank-Nachtrag S. 50 ff.; zuletzt Engisch, ZStrW 58, 37; vgl. auch RG 60, 35: Das Einverständnis des Beleidigten kann zwar die Strafbarkeit ausschließen; „aber keineswegs vermöge des bürgerlich-rechtlichen Grundsatzes: volenti non fit iniuria, der ein der privaten Verfügung unterliegendes Recht oder Rechtsverhältnis, nicht ein Rechtsgut wie die Ehre voraussetzt."

Gleichwohl sind damit auch hier die letzten Schlacken des zivilistischen Denkens noch nicht aus dem Strafrecht entfernt; denn wenn die Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, soll sie — „insoweit übereinstimmend mit dem bürgerlichen Recht" (!)[56]) — auch strafrechtlich nichtig, bedeutungslos sein. Wir haben uns bereits früher bei der strafrechtlichen Beurteilung des gegen die guten Sitten verstoßenden Verlöbnisses gegen eine derartige, zum mindesten mißverständliche Heranziehung des § 138 Abs. 1 BGB gewandt, weil sie letzten Endes einen Rückfall in das hier verfehlte rechtsgeschäftliche Denken des BGB bedeute, und darauf hingewiesen, daß dies — durchaus zutreffende — Ergebnis auch ohne diese zivilrechtliche Krücke mit rein strafrechtlichen Erwägungen begründet werden muß[57]). Die Bedeutung der grundsätzlichen Einstellung für die Entscheidung dieser Frage ist bereits von Creifelds betont worden, der gerade dort die Entwicklung zur Emanzipation des Strafrechts weiter führt, wo sie bisher nicht anerkannt wird[58]), nämlich bei der Frage, ob bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung „auch strafrechtlich irrelevant" werde. Durch diese vom Methodenstandpunkt unserer Problemstellung vorbildliche Untersuchung[59]), die mit Recht zu einer Verneinung der gestellten Frage gelangt, ist die Unabhängigkeit und die „spezifisch strafrechtliche" Natur des Begriffs der Einwilligung erfreulich weiter geklärt worden:

> *„Keinesfalls . . . ist der Verstoß gegen die guten Sitten mit der ihm in einzelnen Fällen beigelegten Wirkung der Nichtigkeit ein den objektiven Rechtsgrundsätzen angehörender Begriff; man kann nicht daraus, daß in ganz wenigen, gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen auf ihn Bezug genommen ist, auf einen objektiven Rechtsgrundsatz schließen und diesen dann allgemeingültig zur Anwendung bringen . . ."*[60])

56) vgl. so Lobe LK S. 45 unter Hinweis auf RG JW 1928, 2229 in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Lehre.

57) In der grundlegenden Entscheidung (RG aaO.) kommt die Anlehnung ans Zivilrecht auch viel weniger zum Ausdruck als sie im Schrifttum betont wird: „Eine Einwilligung kann strafrechtlich (!) nur dann von Bedeutung sein, wenn sie einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringt. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, wird vom Rechte (!) nicht anerkannt."

58) Unter Weiterführung der von Bohne in der ausgezeichneten Anmerkung zu RG JW 1928, 2229 entwickelten Gedankengänge. Daselbst ausführliche Zusammenstellung des Schrifttums, von dem wir lediglich M. E. Mayer S. 293 herausgreifen: Die Erwägung, das Rechtsgeschäft verstoße gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), sei grundsätzlich untauglich, „die Widerrechtlichkeit des strafrechtlich relevanten Erfolges festzustellen. Von der Tatsache, daß zwischen den Kontrahenten Rechte und Pflichten nicht entstanden sind, führt keine Brücke zu dem Ergebnis, daß der Staat einen Strafanspruch hat."

59) Strafrechtliche Abhandlungen Heft 226; 1929.

60) aaO. S. 27; es wäre eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise, wollte man diesem Zustand des (rein tatsächlichen) Einverstandenseins jede rechtliche Wirksamkeit absprechen: S. 53.

Es ist deshalb methodisch unzulässig, den Grundsatz der strafrechtlichen Bedeutungslosigkeit der gegen die guten Sitten verstoßenden Einwilligung aus dem bürgerlichen Recht abzuleiten und dadurch den rein zivilrechtlichen Gesichtspunkt der Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen in eine spezifisch strafrechtliche Erörterung hineinzutragen[61]). Die richtige Lösung des Problems ist neuerdings von § 226a StGB aufgezeigt worden, der die Einwilligung für strafrechtlich irrelevant erklärt, nicht wenn sie selbst, sondern wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Die Frage der Rechtsgültigkeit der Einwilligung als solcher, insbesondere i. S. des Zivilrechts, spielt deshalb strafrechtlich überhaupt keine Rolle mehr und braucht nicht erörtert zu werden. Entscheidend ist allein die Sittenwidrigkeit der Tat trotz (rechtsgültiger oder nichtiger) Einwilligung des Verletzten[62]), und sie muß ausschließlich nach strafrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden. Deshalb erscheint es uns nicht richtig und abermals als ein Beweis für die Macht der zivilistischen Denkweise, wenn von Dohnanyi[63]) die Wirksamkeit der Einwilligung, „deren Bewertung keineswegs ohne jede Bedeutung" sei, prüft und bei Sittenwidrigkeit verneint, statt die Sittenwidrigkeit der Tat in vollem Umfange selbständig zu beurteilen[64]). Demgegenüber muß nochmals auf die Vorbildlichkeit der grundsätzlichen Einstellung Creifelds'[65]) und auf folgende von ihm besonders betonte Gesichtspunkte hingewiesen werden: Man habe sich durch den in den letzten Jahrzehnten besonders betonten Grundsatz der Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsbegriffs allzu häufig verleiten lassen, Begriffe in das Strafrecht zu übernehmen, die speziell für die Anwendung des Zivilrechts gedacht sind; hier handele es sich jedoch um ein — ungeachtet aller Einheitlichkeit des Rechts — spezifisch

61) In RG 70, 108 wird diese Folge gerade wegen der nicht rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung i. S. des § 218 Abs. 4 StGB m. R. abgelehnt.

62) Ob die Frage zweckmäßiger im Allgemeinen Teil geregelt worden wäre (so Creifelds aaO. S. 95 ff.), so daß § 226 a StGB nicht in entsprechender Gesetzesanwendung auf andere Tatbestände angewandt zu werden brauchte (so Mezger, Leitfaden S. 51), erscheint im Hinblick auf die Bestrebungen zur Konkretisierung des Allgemeinen Teils keineswegs unzweifelhaft.

63) Frank Nachtrag S. 44/45.

64) Noch deutlicher zeigt sich die Zivilisierung des strafrechtlichen Denkens in der Bemerkung, der Begriff der guten Sitten sei „dem bürgerlichen Recht (!) entnommen" (S. 45). Wenngleich es sich hierbei offensichtlich nur um eine mißverständliche (leider noch neuerdings von RG JW 1938, 31 gebrauchte) Ausdrucksweise handelt, die außerdem durch die folgenden Ausführungen hinreichend richtiggestellt wird, so ist dieses Versehen doch jedenfalls charakteristisch für die von uns bekämpfte Betrachtungsweise, für die Gängelung des Strafrechts durch zivilistische Gesichtspunkte.

65) Vgl. auch Bohne aaO.: „Diese durch die öffentlich-rechtliche Natur des Strafrechts und seine Schutzfunktion von selbst gegebene Grenze durch eine andere aus dem bürgerlich-rechtlichen Vertragsrecht entnommene ersetzen zu wollen, erscheint nicht nur methodisch, sondern auch im Ergebnis bedenklich."

strafrechtliches Problem, das in erster Linie vom strafrechtlichen Standpunkt und mit strafrechtlichen Begriffen gelöst werden müsse. Viele seien der großen Gefahr erlegen, den Begriff der guten Sitten mit der ihm zivilrechtlich beigelegten Wirkung der Nichtigkeit ohne Nachprüfung der theoretischen Berechtigung hierzu in das Strafrecht, also in einen Teil des öffentlichen Rechts, zu übernehmen. Es sei eine grundfalsche Vorstellung, daß die Rechtsnatur der Einwilligung stets gleich sein müsse, ohne Rücksicht darauf, aus welchem Rechtsteil die Gründe für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit entnommen werden. Selbst wo die Schutzobjekte die gleichen seien, rechtfertige dies nicht die Verwendung derselben Rechtssätze im Straf- und Zivilrecht[66]).

6. Von dem neueren Schrifttum allgemein anerkannt ist die Erkenntnis, daß es nicht angeht, i. S. der von der früher herrschenden Lehre vertretenen sog. Rechtspflichttheorie unmittelbar aus privatrechtlichen Bestimmungen, insbesondere dem BGB, oder aus der Existenz eines vertraglichen Anspruchs auf ein unterlassenes Tun, mit Straffunktion ausgestattete Rechtspflichten herzuleiten und so die Grundlage für die Regelung der unechten Unterlassungsdelikte zu schaffen. Diese Einsicht hat sich seit der Abhandlung von Kissin[67]), namentlich dank der Untersuchungen Schaffsteins[68]), in neuester Zeit immer mehr durchgesetzt; selbst die hier früher etwas rückständige Rechtsprechung hat sich ihr bereits weitgehend angeschlossen, so daß wir auch diese Entwicklung „geradezu als Musterbeispiel" für die Überwindung der „von uns heute abgelehnten Zivilisierung des Strafrechts" (Schaffstein) bezeichnen können[69]).

66) vgl. ausführlich aaO. S. 3, 23, 24, 29, 32, 39, 42, 63, 90 u. a. — Dieselbe Problemstellung kehrt in den Erörterungen über die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund i. S. des Strafrechts wieder, auf die wir hier nur kurz verweisen können. Vgl. hierüber ausführlich Herbert Arndt, Strafr. Abhdlg. Heft 268: Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund; sowie die kurz danach erschienene zusammenfassende Darstellung v. Hippels (RG Festgabe Bd. V S. 1 ff.), der sich auch hier zur zivilrechtlichen Betrachtungsweise im Strafrecht bekennt. Es bedarf keiner Begründung, daß wir uns selbstverständlich nur der Gegenmeinung anschließen können, die „diese Herübernahme zivilrechtlicher Figuren . . . auch hier für unangebracht und in der Sache bedenklich" hält (so Mezger S. 223 ff.; daselbst ausführliche Darstellung des Stands der Meinungen; vgl. auch Lobe, Frank-Festgabe S. 59 und LK S. 48 ff.) und die in Betracht kommenden Fälle mit dem spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkt der „mutmaßlichen Einwilligung" lösen will. Vgl. hierüber neuerdings Arndt DJ 1937, 583 ff.; Engisch, ZStrW 58, 46.

67) Strafr. Abhdlg. Heft 337; 1933.

68) Gleispach-Festschrift S. 70 ff.; DJ 1936, 767.

69) Die beschränkte Zielsetzung unserer Arbeit, lediglich negativ die Unzulässigkeit des zivilrechtlichen Denkens im Strafrecht nachzuweisen, macht sich hier besonders bemerkbar. Zu einer Auseinandersetzung mit den Vorschlägen für die positive Regelung des strafbaren Unterlassens (vgl. zuletzt Nagler, GS 111, 1 fg.) ist hier kein Raum.

Die Problematik der früheren Rechtsprechung und herrschenden Lehre, die nur die aus Gesetz, Vertrag oder vorausgegangenem Tun hergeleiteten Rechtspflichten als Grundlage für eine Bestrafung wegen Unterlassung anerkannte, zeigte sich namentlich in denjenigen Entscheidungen des RG, in denen die Pflicht zum Einschreiten gegen Unzuchtsausübung aus familienrechtlichen Bestimmungen des BGB (§§ 1356, 618) hergeleitet wurde, obwohl diese nur relative Rechte und Pflichten gegenüber bestimmten Personen aufstellen. Die Unzulässigkeit dieser Methode ist schon früher von H. Mayer[70]) betont und auch neuerdings wiederholt beanstandet worden[71]). So hat Maurach[72]) in Anlehnung an diese Gesichtspunkte näher dargelegt, daß die einwandfreie Durchführung der zivilistischen Begründung, die „folgerichtige Projektion bürgerlich-rechtlicher Gedankengänge" auf Begründung und Umfang der strafrechtlichen Haftung zu „grotesken Ergebnissen" führen müßte[73]), und daß die „mechanische Übertragung zivilistischer Gedankengänge liberalster Prägung in unser Strafrecht eine Kapitulation der Gesamtheit vor dem asozialen Willen einzelner bedeuten würde"[74]). Selbst Drost[75]), der der in Aussicht genommenen Neuregelung der Unterlassung ablehnend gegenübersteht, bezeichnet die bisher herrschende Lehre, nach der durch privatrechtliche Vorschriften Rechtspflichten begründet werden könnten, deren Nichterfüllung durch Unterlassung bei Eintritt eines strafrechlich erheblichen Erfolges strafbar mache, als „uneingeschränkt falsch". Um die Vertiefung dieser Erkenntnis bemüht sich auch die Dissertation von Grebe[76]), der nicht aus privatrechtlichen Vorschriften, sondern aus der tatsächlichen Ordnung, wie sie im Volke gegeben ist, den Rechtssatz herleiten will, der die Pflicht zum Handeln begründet und eine Bestrafung wegen Verletzung der Belange des Volksganzen rechtfertigt[77]). Der Wandel der Anschauungen kommt schließlich auch in der Rechtsprechung des RG, insbesondere in der

70) z. B. JW 1931, 1576.

71) Strafrecht 1936 S. 174 ff.

72) DStrR 1936, 114 ff.

73) vgl. das häufig gebrauchte Beispiel, wenn man die Erfolgsabwendungspflicht bei einem nichtigen oder anfechtbaren rechtspflichtbegründenden Vertrag prüfen wollte.

74) Träger des der Rechtspflicht korrespondierenden Rechts sei vielmehr strafrechtlich die Volksgemeinschaft, gleichgültig, ob die „Rechtspflicht" nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen wirksam übernommen ist und gleichgültig, ob der „privatrechtliche" Träger des Rechts dieses auszuüben gedenke oder darauf verzichte.

75) GS 109, 1 ff.; vgl. auch Nagler, aaO. S. 25, 127.

76) Die Rechtspflicht zum Handeln bei den sog. unechten Unterlassungsdelikten; 1936.

77) Aus der tatsächlichen Stellung des Täters und aus dem Gesichtspunkt des Vertrauens auf die Abwendung der Gefahr müsse die Rechtspflicht zum Handeln hergeleitet werden, und zwar durch „spezifisch strafrechtliche" Erwägungen.

bekannten und oft besprochenen Entscheidung RG 70, 321 lehrreich zum Ausdruck[78]).

Das neue Recht krönt diese Entwicklung durch eine besondere Bestimmung. Abweichend von den Vorschlägen 1. Lesung wird auf die Erwähnung bestimmter Formen der Pflichtenbegründung, insbesondere durch Gesetz oder Vertrag, bewußt verzichtet und lediglich auf die Pflichtwidrigkeit des Unterlassens abgestellt, die somit niemals mehr im positivistisch-zivilistischen Sinn nach formalen und zugleich strafrechtsfremden Gesichtspunkten beschränkt werden darf, sondern nach gesundem Volksempfinden, insbesondere nach den tatsächlichen Verhältnissen beurteilt werden muß[79]).

> *„Auf diese Weise wird zugleich die unbefriedigende Lücke ausgefüllt, welche bisher dadurch entstand, daß der Unterlassende, je nachdem, ob die Konstruktion einer Rechtspflichtverletzung nach oft strafrechtsfremden zivilrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten möglich erschien oder nicht, mit der schwersten Strafe oder überhaupt nicht bestraft wurde."*[80])

Die angeführten Beispiele und Gesichtspunkte, die vielfach nur kurz unter der Fragestellung unserer Untersuchung skizziert werden konnten, dürften hinreichend erkennen lassen, daß auch auf dem Gebiete des Allgemeinen Teils die teleologisch gebotene Emanzipation des Strafrechts weitgehend durchgeführt worden und gerade in neuerer Zeit in erfreulichem Maße fortgeschritten ist. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch die grundlegenden Ausführungen von Dahm über die Frage eines selbständigen, strafrechtlichen Feststellungsverfahrens zum Schutz der Ehre[81]) interessant und aufschlußreich, und zwar nicht nur wegen der besonderen Methode einer bisher kaum durchgeführten Zusammenschau zivil- und strafrechtlicher Gesichtspunkte, sondern auch wegen ihres Ergebnisses. Denn danach „war der Einbruch des bürgerlichen Rechts in den Bereich des (strafrechtlichen) Ehrenschutzes in gewissem Sinn eine Krankheitserscheinung"; insbesondere kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch die Verwendung dieser zivilrechtlichen Rechtsbehelfe im Strafrecht eben doch nur einen unvollkommenen „Notbehelf" darstellt, wie wir ihn schon so oft kennen gelernt haben und der nunmehr durch eine selbständige, spezifisch strafrechtliche Regelung ersetzt werden muß[82]). Wir beschließen deshalb die-

78) vgl. ferner RG 66, 71; 69, 321; 70, 151; neuerdings DJ 1937, 944, wonach nicht nur der Versicherungsnehmer, sondern auch die versicherte (= berechtigte) Erbhofbäuerin eine Rechtspflicht zur Löschung des Brandes auf dem Erbhof hat; dazu Gallas ZAkDR 1937, 438; ausführlich über diese wohl durchweg gebilligte Entwicklung Niethammer, ZStrW 57, 431 fg.

79) Über die Einschränkung der hiermit verbundenen Erweiterung der Verantwortlichkeit durch den Gedanken des Täterstrafrechts vgl. Schaffstein DJ 1936, 769.

80) so Schaffstein aaO.

81) in „Der Ehrenschutz im neuen deutschen Strafverfahren S. 43 ff.; Ergebnis S. 55.

82) vgl. als grundsätzlich bemerkenswert S. 56: „Dieser praktische Gesichtspunkt rechtfertigt auch diese Entwicklung, nicht aber die übliche, auf schwachen

sen Teil unserer Arbeit mit dem Hinweis darauf, daß auch der Ursachenzusammenhang nach der ständigen Rechtsprechung des RG im Zivil- und Strafrecht teleologisch verschieden beurteilt wird; denn

„im strafrechtlichen Sinne gilt jede Handlung oder Unterlassung als Ursache, die nicht weggedacht werden kann, ohne daß dadurch der rechtswidrige Erfolg entfiele. Der Begriff der adäquaten Verursachung ist nach der festen Rechtsprechung des RG bei strafrechtlicher Beurteilung nicht anzuwenden."[83])

Wenn auch die einzelnen Abweichungen weitgehend durch teleologische, im Einzelfall verschiedene Erwägungen bedingt sind, die sich nicht auf eine einheitliche Formel bringen lassen, so ist ihnen allen doch eins gemeinsam: Die Auflockerung des Strafrechts, seine Loslösung aus zivilrechtlichen Denk- und Begriffsfesseln und lebensfremden juristischen Konstruktionen. Dadurch wird der Weg frei, auf dem der für das Strafrecht erhebliche Wirlichkeitsausschnitt ungekünstelt erfaßt und eine neue spezifisch strafrechtliche Begriffsbildung selbständig aufgebaut werden kann. Die positive Inhaltsumschreibung dieser Begriffe aber wird in stärkerem Maße als bisher die tatsächlichen Verhältnisse, die — zwar überall wichtig — für das Strafrecht jedoch von geradezu entscheidender Bedeutung sind, berücksichtigen und sich statt an rechtliche Normen an die konkreten Ordnungen des Lebens anlehnen und mit dem natürlichen Volksempfinden in Einklang halten müssen.

D. Die strafrechtlichen Auswirkungen der zivilrechtlichen Nichtigkeit strafrechtlich relevanter Rechtsverhältnisse.

Die Richtigkeit und Notwendigkeit dieser zu Unrecht sog. tatsächlichen, in Wahrheit spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise, die allein der „realistischeren" Natur des Strafrechts gerecht wird, drängt sich besonders deutlich auf bei der nun zu betrachtenden Gruppe von Fällen, bei denen es sich um die strafrechtliche Auswirkung und Beurteilung der meist aus zivilrechtlichen Vorschriften hergeleiteten Nichtigkeit eines Rechtsverhältnisses handelt. Die zusammenhängende Betrachtung dieser Fälle,

Füßen stehende (!) Beweisführung aus der angeblich (!) akzessorischen Natur des Strafrechts gegenüber dem bürgerlichen Recht".

83) vgl. hierüber ausführlich H. Mayer, Strafrecht S. 218, der den Theorienstreit für praktisch bedeutungslos hält. Der Kausalbegriff sei im übrigen für die Rechtsprechung unfruchtbar, richtig allein, von objektiver Zurechenbarkeit zu sprechen. Vgl. dazu auch Müller-Erzbach 1932 S. 82; Mezger, Lehrbuch S. 123 N. 45, neuerdings ausführlich und überzeugend mit Rechtsprechung Niethammer, ZStrW 57, 433. Grundsätzlich anders Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft II. Bd. 1. Teil S. 69: „Gelten im Strafrecht andere Kausalgesetze als auf dem Gebiet der übrigen Wissenschaften?"

in denen ebenfalls in Grundbegriff des Allgemeinen Teils des BGB, wenn nicht sogar der allgemeinen Rechtslehre, die entscheidende Rolle spielt, ist geboten und notwendig, weil sie — über das eigentliche Begriffsbildungsproblem hinaus — den grundsätzlichen Methodengegensatz der sog. rechtlichen und faktischen Betrachtungsweise, der an zahllosen Stellen des Strafrechts hervorbricht und zu einer grundsätzlichen Lösung drängt, schlaglichtartig offenbart. Eine von höherer Warte ausgehende einheitliche Zusammenfassung und Beurteilung der in Betracht kommenden Einzelfälle, deren grundsätzliche Bedeutung durchweg übersehen wird, fehlt bisher völlig. Auch hier ist es nur durch die Vernachlässigung unserer Problemstellung zu erklären, daß die Gleichartigkeit dieser und der Frage der Besteuerung nichtiger Rechtsgeschäfte, die wir oben bereits gestreift haben[1]), nicht beachtet und deshalb auch insoweit die vorbildliche Entwicklung des Steuerrechts für das Gebiet des Strafrechts noch nicht ausgewertet worden ist. Eine derartige rechtsvergleichende Untersuchung aber liegt um so näher, als neuerdings auch das RG den von der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs ausgebildeten Grundsatz der tatsächlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht übernommen hat:

„Es ist ein allgemeiner steuerrechtlicher Grundsatz, daß die Beteiligten aus der Nichtigkeit eines steuerlichen Vorgangs erst dann Rechte herleiten können, wenn sie den Vorgang ihrerseits auch in seinen wirtschaftlichen Wirkungen beseitigen." Steuerrechtlich sind deshalb „wie im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs (RFH 12, 103; 20, 157; vgl. auch 22, 92) angenommen werden muß, die Mängel der Auflassung und der Umschreibung im Grundbuch wenigstens solange unbeachtlich, wie dessen ungeachtet die Beteiligten die durch Übergabe und Umschreibung tatsächlich vollzogene Grundstücksübertragung wirtschaftlich unter sich gelten ließen und nicht wieder rückgängig machten": RG 62, 296.

1. Dasselbe grundsätzliche Problem taucht mit gleicher Schärfe auch im Strafrecht auf, und zwar überall dort, wo es sich um Tatbestandsmerkmale handelt, die bestimmte, namentlich durch Vertrag zu begründende Rechtsverhältnisse als (juristisch oder faktisch?) bestehend voraussetzen. Da derartige Tatbestandsmerkmale sowohl zur Abgrenzung des Täterkreises als auch zur Umschreibung des Angriffsobjekts und der strafbaren, zuweilen rechtsgeschäftlichen Tätigkeit als solcher, einschließlich der sog. Modalitäten der Handlung verwendet werden, bleibt kein Merkmal etwa wegen seiner Stellung innerhalb des gesetzlichen Tatbestands von dieser Problematik unberührt[2]). Überall taucht vielmehr die Frage auf: Ist die rechtliche (zivilrechtliche) Nichtigkeit der den Inhalt eines Tatbestandsmerkmals bildenden Rechtshandlung auch strafrechtlich von Bedeutung

1) vgl. S. 141.

2) Mag sie auch an den verschiedenen Stellen mehr oder weniger zu einer grundsätzlichen Stellungnahme zwingen.

oder nicht? Die daraus sich ergebenden Fragengruppen werden durch folgende Beispiele verdeutlicht:

Kann der Täter wegen Unzucht mit Pflegebefohlenen oder wegen Untreue bestraft werden, wenn seine Bestellung zum Vormund oder zum Bevollmächtigten zivilrechtlich unwirksam war? wegen Versicherungsbetrugs, wenn die in Brand gesetzten Gegenstände wegen Nichtigkeit des Versicherungsvertrags nicht unter Versicherungsschutz standen? wegen schwerer Kuppelei, wenn die Ehe mit der Dirne absolut nichtig war? wegen Betrugs, wenn der Anspruch, um dessen Verwirklichung der Betrogene geprellt wurde, aus zivilrechtlichen Gründen nicht bestand oder wenn der vermögensschädigenden Verfügung die Rechtswirksamkeit fehlte? wegen Herbeiführung eines strafbaren Erfolgs durch Unterlassung, wenn das die Pflicht zum Handeln begründende Rechtsverhältnis aus Rechtsgründen nichtig war?

Diese Beispiele, die wir zum Teil schon bei unseren bisherigen Untersuchungen gestreift haben und die sich unbeschränkt leicht vermehren ließen, fordern sämtlich eine Entscheidung der grundsätzlichen Frage, ob das Strafrecht die tatsächlich bestehenden Lebensverhältnisse berücksichtigen kann und muß oder ob es wegen der rechtlichen Nichtigkeit der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse auch die entsprechenden strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale als nicht gegeben erachten darf[3]). Deshalb ist es zweckmäßig, von Anfang an die Aufmerksamkeit darauf zu lenken, daß die Entscheidung dieser Frage verschieden ausfallen, zum mindesten mehr oder weniger Schwierigkeiten bereiten kann, je nachdem es sich bei dem jeweiligen Tatbestandsmerkmal, wie z. B. dem des Bevollmächtigten i. S. des § 266 Nr. 2 StGB (a. F.), um einen selbständigen, spezifisch strafrechtlichen oder um einen entlehnten Begriff handelt, der inhaltlich unverändert aus außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten übernommen ist, wie z. B. der des Geschäftsführers einer G.m.b.H. Denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Wirkung der zivilrechtlichen Nichtigkeit dort größer und stärker sein muß, wo sich das Strafrecht an zivilrechtliche Begriffe und Gedankengänge gebunden fühlt, als dort, wo es eine selbständige Begriffsbildung und Auslegungsmethode entwickelt hat. Bei jenen Fällen beschränkt sich deshalb die Fragestellung ausschließlich auf die strafrechtliche Bedeutung der Nichtigkeit eines begrifflich in den verschiedenen Gebieten gleichen Rechtsverhältnisses, also auf den Begriff der Nichtigkeit selbst. Bei diesen dagegen handelt es sich lediglich um eine einzelne Auswirkung der Selbständigkeit eines spezifisch strafrechtlichen Begriffs[4]). Weiterhin können wir hier diejenige Gruppe von Fällen

3) Auf die verschiedenen Rechtsgründe, die jeweils die Nichtigkeit verursacht haben, brauchen wir nicht weiter einzugehen; es genügt, wenn wir diese ihre Wirkung als Tatsache im Strafrecht in Rechnung stellen.

4) Diese Verschiedenheit ist jedoch für die Darstellung des Methodengegensatzes von untergeordneter Bedeutung.

als weniger wichtig vorläufig zurückstellen, bei denen eine bestimmte, insbesondere eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit mit Strafe bedroht wird. Denn es ist selbstverständlich, daß die sich etwa aus zivilrechtlichen Gründen ergebende Nichtigkeit, z. B. des Wucher- oder Hehlergeschäfts, des Stimmenkaufs[5]) usw. nicht die Bestrafung hindern kann. Soll doch das Strafrecht hier gerade die Reaktion des Zivilrechts durch eine zusätzliche strafrechtliche Sanktion unterstützen! Insoweit ist der Hinweis von Oppens[6]), für das Gebiet des Strafrechts sei noch niemand auf den „heiteren Einfall" gekommen, daß verbotene und unsittliche Vorgänge auch strafrechtlich nicht beachtet werden sollten, zweifellos richtig. Immerhin werden die folgenden Ausführungen zeigen, daß die Ablehnung dieser krassesten Auswirkung des zivilistischen Denkens nicht so selbstverständlich ist, daß ihre Erwähnung hier entbehrlich oder gar überflüssig wäre. Im übrigen ist zuzugeben, daß unsere Fragestellung sich vornehmlich bei den als Tatbestandsmerkmalen verwendeten rechtlichen Eigenschaften der beteiligten Personen auswirkt und namentlich bei den tätertypisierenden Merkmalen in Erscheinung tritt. Daß sie aber auch auf der Objektseite auftaucht, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß häufig dieselben Rechtseigenschaften sowohl bei den als Täter in Betracht kommenden wie bei den auf der Objektseite stehenden, vom Strafrecht geschützten Personen eine Rolle spielen.

Bevor wir mit den Einzeluntersuchungen an Hand der Rechtsprechung beginnen, ist ein — wenn auch nicht gerade naheliegender, so doch möglicher — Einwand vorweg zu nehmen, nämlich der, daß unserer Problemstellung deshalb keine oder nur geringe praktische Bedeutung zukomme, weil ja gerade dann, wenn man — wie üblich — die zivilrechtliche Nichtigkeit auch im Strafrecht anerkenne, also z. B. bei Nichtigkeit der Bestellung zum Vormund i. S. des § 235 StGB auch die strafrechtlich erforderliche Sondereigenschaft verneine, eine Bestrafung sehr oft wegen untauglichen Versuchs erfolgen könne, im Ergebnis also doch das StGB zu seinem Recht komme. Dieser Einwand ist jedenfalls insofern bemerkenswert, als er die Abgrenzung unserer Frage und das Anwendungsgebiet der sog. tatsächlichen Betrachtungsweise erfreulich klärt: Ist z. B. der formell abgeschlossene Versicherungsvertrag i. S. des § 265 nichtig, so steht diese Nichtigkeit bei richtiger strafrechtlicher Beurteilung — wie noch zu zeigen sein wird — der Bestrafung wegen vollendeten (!) Versicherungsbetrugs nicht entgegen (RG 59, 248); denn im strafrechtlichen Sinn des § 265 StGB ist das Merkmal „versichert" gegeben. Ist jedoch

5) vgl. RG 35, 113; Recht 1915 Nr. 2413 betr. Wucher; ausführlich Olshausen S. 1694/96 zu §§ 301, 302; ferner RG 4, 187 und Rilk JW 1936, 730 betr. die Nichtigkeit des „Ankaufens" i. S. des § 259 StGB; dagegen ist die Veräußerung zum Zwecke der Vollstreckungsvereitelung grundsätzlich nur anfechtbar.

6) aaO. S. 111 im Anschluß an E. Becker, der sich mit Recht für die selbstverständliche Besteuerung nichtiger Rechtsgeschäfte einsetzt.

überhaupt kein Versicherungsvertrag zustande gekommen, z. B. weil der Versicherer den Antrag noch nicht angenommen hatte oder weil es sich um Gegenstände handelt, die von einem bestehenden Versicherungsvertrag überhaupt nicht erfaßt werden, dann kann allenfalls eine Bestrafung wegen Versuchs am untauglichen Objekt in Betracht kommen (RG DJ 1936, 824). Zwischen einer nicht versicherten und einer „nichtig" versicherten Sache besteht also ein Unterschied, auf dessen allgemeine und grundsätzliche strafrechtliche Bedeutung wir alsbald zurückkommen werden. Folgen wir zunächst einmal dem diesem Einwand zugrundeliegenden Gedankengang, so ist offensichtlich, daß dieser Ausweg nur in beschränktem Maße zur Verfügung steht; denn er versagt gerade in den häufigen Fällen, in denen das eine besondere Tätereigenschaft begründende Rechtsverhältnis nichtig ist und es sich deshalb — nach zivilrechtlicher Betrachtungsweise — um die Tat eines „untauglichen Subjekts" handeln würde; in diesen Fällen könnte nach bisher herrschender Meinung nicht einmal wegen untauglichen Versuchs bestraft werden[7]). Nun haben wir, allerdings für das neue Recht, schon früher die Ansicht vertreten, daß in Zukunft auch die Tat eines untauglichen Subjekts strafbar sein müsse[8]); aber selbst wenn man sich dieser Ansicht anschließt[9]), wäre für die richtige Lösung unseres Problems wenig gewonnen[10]). Denn hier handelt es sich um einen Methodengegensatz, um die Bestrafung wegen vollendeter Tat, um die Feststellung, daß alle strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind[11]); und das ist nur möglich mit Hilfe der tatsächlichen, d. h. spezifisch

7) vgl. RG 8, 199; 34, 220; Klee DJ 1934, 38; Schoetensack Denkschrift der AkDR S. 63.

8) Bruns DJ 1935, 681; Krug ZAkDR 1935, 101; zu demselben Ergebnis gelangt neuerdings Hodes, Z. f. WehrR 1936, 403 ff. („Mißhandlung durch einen „Nicht"Vorgesetzten?"), der mit Recht darauf hinweist, es sei mit der neuausgegerichteten Strafrechtsanschauung nicht vereinbar, wenn die Tat eines untauglichen Subjekts straflos bliebe und nicht ersichtlich, warum in der rechtlichen Beurteilung ein Unterschied gemacht werden solle, je nachdem, ob sich der Tatsachenirrtum des Täters auf außerhalb seiner Person liegende Umstände oder auf seine persönliche Seite bezieht. Was Eb. Schmidt (Z. f. WehrR 1937, 67) dagegen vorbringt, dürfte neben der Sache liegen; dagegen auch Schomerus, Z. f. WehrR 1937, 219, der m. E. aber nicht genügend die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen der Bestrafung des untauglichen Subjekts wegen Versuchs und der Anerkennung der Tätereigenschaft auf Grund seiner „faktischen" Rechtsstellung hervorhebt.

9) so neuerdings auch RG 72, 110 betr. irrtümliche Annahme der jüdischen Rassezugehörigkeit des Täters; vgl. dazu ausführlich Bruns, DStrR 1938, 161.

10) Dabei wollen wir die Frage, ob eine Bestrafung auch dann möglich wäre, wenn der Täter die zivilrechtliche Nichtigkeit kennt, aber gleichwohl, vielleicht sogar gerade, weil er weiß, daß es nach zivilrechtlicher Betrachtungsweise an einem Tatbestandsmerkmal fehlen würde — auf Grund seiner tatsächlichen Stellung die Tat begeht, nicht weiter verfolgen.

11) so daß garnicht mehr auf die Lehre vom untauglichen Versuch zurückgegriffen werden darf.

strafrechtlichen Betrachtungsweise, für die wir uns aus grundsätzlichen Erwägungen auch hier entscheiden.

Sie wirkt sich vor allem bei denjenigen Tatbestandsmerkmalen aus, die begrifflich mit den gleichlautenden Einrichtungen anderer Rechtsgebiete übereinstimmen, bei denen also die etwaige Verschiedenheit der Betrachtungsweise sich in der abweichenden Beurteilunng der rechtlichen Nichtigkeit bestimmter Rechtsverhältnisse erschöpft. Gerade hier zeigt sich umso deutlicher, daß unsere Fragestellung über das Begiffsproblem i. e. S. weit hinausgeht und in einen Methodengegensatz ausmündet. Im Schrifttum hat sie so gut wie keine Beachtung gefunden, und namentlich bei den zunächst zu untersuchenden strafbegründenden Tätereigenschaften wird — soweit man sich überhaupt mit dieser Frage beschäftigt — regelmäßig die Rechtsgültigkeit der Bestellung des Täters, z. B. zum Vormund, gefordert[12]). Lediglich Finger[13]) hat die Problematik dieser Frage von einem allgemeineren Standpunkt aus aufgegriffen und sich im Gegensatz zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung dafür eingesetzt, daß auch bei nichtiger Bestellung zum Vormund oder Bevollmächtigten eine Bestrafung gemäß §§ 174 Nr. 1, 235, 266 StGB erfolgen könne. „Auch das anscheinende Vormundschaftsverhältnis genießt strafrechtlichen Schutz, solange es eben als solches erscheint". Diese Stellungnahme ist umso wertvoller, als sie sich auch auf § 235 StGB, d. h. auf solche Rechtsverhältnisse bezieht, die auf der Objektseite verwendet werden, und die, gerade weil es sich um ihren strafrechtlichen Schutz, im Fall des § 235 StGB um den des Erziehungsrechts, handelt, schon eher in Anlehnung an zivilrechtliche Gesichtspunkte beurteilt werden könnten als diejenigen Tatbestandsmerkmale, die der Umschreibung der Tätereigenschaft dienen. Wenn die entgegengesetzte, richtige Ansicht Fingers durchweg Ablehnung erfahren hat, so ist dies — abgesehen von der Vorherrschaft des zivilistischen Denkens im Strafrecht — namentlich auch darauf zurückzuführen, daß ihm damals noch nicht das ausreichende Beweismaterial aus der Rechtsprechung des RG zur Verfügung stand, auf das wir heute unsere Beweisführung stützen können.

2. Ausführlicher ist unsere Problemstellung erstmalig erörtert worden hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder von juristischen Personen, deren Bestellung aus irgendwelchen Gründen nicht rechtswirksam war, die ihre Funktionen aber gleichwohl „tatsächlich" ausgeübt hatten. Dieser Rechtsmangel steht, wie RG 16, 270 für das Vorstandsmitglied einer eingetragenen Genossenschaft erstmalig feststellt, ihrer Bestrafung, z. B. wegen Konkursver-

12) vgl. z. B. Binding I zu § 266 Nr. 1 S. 398; Olshausen zu § 266 Nr. 1 S. 1442; LK Note 9; Olshausen zu § 235 S. 1063 mit Verweisungen.

12) GS 82, 388.

brechens, weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn und Zweck des § 244 KO entgegen:

„Diese Strafvorschrift trifft ihrem Wortlaut nach ganz allgemein die Mitglieder des Vorstands, welche in dieser ihrer Eigenschaft . . . eine der mit Strafe bedrohten Bankrotthandlungen begangen haben. Sie richtet sich insoweit gegen alle, welche in dem strafbaren Falle den Vorstand bilden, bezw. die rechtliche Stellung eines Vorstandsmitglieds tatsächlich einnehmen, und enthält nicht die geringste Andeutung dafür, daß etwa ein Mangel in der Wahl oder in der rechtlichen Qualifikation des betreffenden Mitglieds als Strafausschließungsgrund gelten und zugelassen werden solle. Sie ist danach schon der Wortfassung nach nicht bloß auf solche Vorstandsmitglieder zu beziehen, welche diese Stellung in rechtlich unanfechtbarer Weise innehaben, sondern auf alle, welche überhaupt durch die erfolgte und angenommene Wahl zu dieser Stellung gelangt, bezw. mit der Verwaltung der Vorstandsgeschäfte als Vorstandsmitglied betraut worden sind, auch wenn ihnen die volle rechtliche Qualifikation eines solchen mangelt . . . Dem Zweck des § 244 KO aber würde es geradezu widerstreben, wenn im einzelnen Falle ein gewähltes und in Funktion getretenes Vorstandsmitglied die Verantwortlichkeit für seine Geschäftsführung hintennach damit sollte ablehnen können, daß seine Wahl eine fehlerhafte und den Forderungen des Gesetzes oder Statutes nicht entsprechende gewesen sei . . . Es ist insoweit nur folgerichtig, wenn einem solchen auf Grund der Wahl fungierenden Vorstandsmitgliede, solange es diese rechtliche Stellung einnimmt, auch die mit derselben verbundene öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit eines solchen ohne Rücksicht auf etwaige Mängel der Wahl oder rechtlichen Qualifikation beigemessen wird": RG 16, 270[14])

Den Anlaß zur Anerkennung und Vertiefung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gab sodann ein in neuerer Zeit sehr beachteter Strafprozeß, in welchem RG 64, 84 die bisherige Rechtsprechung bestätigte, daß die strafrechtliche Verantwortung eines Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft nicht von der Rechtswirksamkeit seiner Bestellung abhänge, sondern bereits durch die tatsächliche Übernahme der ihm übertragenen Obliegenheiten begründet werde:

„Hieraus erwuchs ihm ohne Rücksicht darauf, ob nach bürgerlichem Recht seine Bestellung zum Vorstandsmitglied gültig war, die zugleich öffentlich-rechtliche Pflicht, bei Vermeidung der durch § 244 KO angedrohten strafrechtlichen Folgen die Obliegenheiten eines Vorstandsmitglieds wirklich wahrzunehmen, insbesondere für eine ordnungsmäßige Buchführung zu sorgen": RG 64, 84.

14) Die Hilfserwägung, nämlich der „weitere innere Grund, daß immerhin in der erfolgten Wahl eines Vorstandsmitglieds und in der Annahme derselben der Abschluß eines Vertrags zu finden sei, der für das gewählte Mitglied mit dem Eintritt in den Vorstand auch die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung und Vertretung der Genossenschaft sowie die Verantwortlichkeit hierfür begründe", ist ein überflüssiger und nicht unbedenklicher Rückfall in die zivilistische Betrachtungsweise, der später auch von der Rechtsprechung vermieden worden ist.

Es bedeutet nur eine Verallgemeinerung dieses Grundsatzes, wenn in der Folgezeit RG JW 1935, 127 auch den ärztlichen Leiter der Zahnklinik einer Allgemeinen Ortskrankenkasse, der die wirtschaftliche Leitung eine Reihe von Jahren tatsächlich innegehabt hatte, als „geschäftsleitenden Angestellten" i. S. des § 535 RVO ansah und strafrechtlich zur Verantwortung zog, unabhängig von der Entscheidung der Frage, ob er ohne Genehmigung des Ausschusses (§§ 327, 345 RVO) „dazu berechtigt" war, die ihm von dem Vorstand in so weitgehendem Umfang überlassene wirtschaftliche Leitung auszuüben:

„Es kann in dieser Beziehung hier nichts anderes gelten als für Personen, die die Tätigkeit von Mitgliedern des Vorstandes, Aufsichtsrats oder von Liquidatoren einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft ausüben und für die die entsprechenden Strafbestimmungen des § 312 HGB und des § 146 GenG bei ungetreuem Verhalten auch dann gelten, wenn ihre Bestellung nichtig ist, sie aber gleichwohl die Befugnisse jener Organe tatsächlich wahrnehmen.[15]) *Denn der offenbare Sinn und Zweck aller dieser gesetzlichen Vorschriften ist doch der, die Gesellschaft, Genossenschaft oder Krankenkasse vor ungetreuen Verwaltern in gehobener Stellung zu schützen; dabei kann es aber nicht darauf ankommen, ob diese Stellung zu Recht oder zu Unrecht wahrgenommen wird."*

Die Bedeutung dieses von der Rechtsprechung „durch ausdehnende Auslegung" entwickelten Grundsatzes für unsere Problemstellung braucht nicht weiter betont zu werden. Wohl aber scheint es angebracht, sich über seine äußerste Tragweite Klarheit zu verschaffen und die geschilderten Anwendungsfälle von ähnlichen, aber nicht gleichliegenden abzugrenzen. In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die Entscheidung RG 43, 413 hinzuweisen, die herkömmlich bei der Darstellung dieser Rechtsprechung mit erwähnt zu werden pflegt, aber gerade vom Standpunkt unserer Fragestellung aus besonders zu beurteilen ist. Damals handelt es sich um die vom RG bejahte Frage, ob die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft auch dann strafrechtlich verantwortlich sind, „wenn die AG mit einem Nichtigkeitsgrunde behaftet ist". Die zutreffende Bejahung dieser Frage aber wurde gerade mit zivilrechtlichen Erwägungen begründet: Das Gesetz, d. h. das HGB, kenne zwar eine Nichtigkeitserklärung der AG, aber keine Nichtigkeit der Gesellschaft in dem Sinne, daß ihre tatsächliche Errichtung überhaupt, d. h. schon von Anbeginn an, keinerlei Rechtswirkung nach Aktienrecht äußern würde[16]). In Bezug genommen wurden also handelsrechtliche Schutznormen, die schon auf außerstrafrechtlichem Gebiet den Begriff der Nichtigkeit in einem den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragenden Sinn umgestalten[17])

15) vgl. daselbst die ausführliche Zusammenstellung der Rechtslehre und Rechtsprechung.

16) Die Nichtigkeitserklärung führt vielmehr zur „Auflösung" und damit zu einem Liquidationsverfahren.

17) vgl. hierüber ausführlich Siebert DRWiss. 1936, 225 ff. und Festschrift für Hedemann, Die „faktische" Gesellschaft.

und sich deshalb weniger zur Begründung des vorerwähnten strafrechtlichen Grundsatzes eignen[18]). Deshalb geht es nicht an, in der Entscheidung RG 43, 413 eine Steigerung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die strafrechtliche Verantwortung auf Grund der faktischen Innehabung einer Rechtsstellung zu erblicken, wie dies in RG 64, 84 geschehen ist[19]). In Wirklichkeit taucht unser Problem in Fällen dieser Art garnicht auf, da im Hinblick auf die zivil- oder handelsrechtlichen Schutznormen von einer echten Nichtigkeit nicht gesprochen werden kann. Gerade weil das Zivilrecht an diesen Stellen eine, von den allgemeinen Lehren des BGB abweichende, Sonderregelung enthält, die den Bedürfnissen der konkreten Ordnung Rechnung trägt, ist gegen diese Bezugnahme des Strafrechts auf außerstrafrechtliche Gedankengänge hier nichts einzuwenden, sofern man sich des besonderen Grundes für die Zulässigkeit dieser Methode bewußt bleibt. Er allein rechtfertigt es auch, wenn neuerdings RG 70, 38 die Einschränkung der allgemeinen Lehren über Willensmängel, Anfechtung und Nichtigkeit bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen auch auf strafrechtlichem Gebiet mit dem Hinweis auf die von den Zivilsenaten ausgebildete Theorie der an die Öffentlichkeit gerichteten Erklärung (Gestionstheorie) begründet und die Einrede des Scheins[20]) bei einer Strohmann G.m.b.H. zurückgewiesen hat. Entscheidungen dieser Art können deshalb zwar nur im übertragenen Sinne zur Begründung des erwähnten strafrechtlichen Grundsatzes herangezogen werden, bei richtiger Erkenntnis der Zusammenhänge dürfen sie es aber auch, da sie letzten Endes die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise in abgewandelter Form bestätigen.

Dagegen ist eine Abgrenzung in anderer Hinsicht unbedingt erforderlich und wichtig. Die Rechtsprechung über die strafrechtliche Verantwortung auf Grund tatsächlicher Innehabung einer Rechtsstellung setzt voraus, daß die zur Verantwortung gezogenen Personen tatsächlich „die rechtliche Stellung eines Vorstandsmitglieds haben und auf dieser Grundlage tätig werden sollten und auch tätig wurden". Ganz anders ist die Rechtslage, wenn — im Gegensatz zur Nichtigkeit ihrer rechtlichen Bestellung — ihnen die betreffende Rechtsstellung ausdrücklich entzogen ist und sie nur an Stelle eines wirklich vorhandenen anderen Rechtsträgers dessen Tätigkeit ausgeübt, z. B. als im Handelsregister eingetragene Prokuristen die Geschäfte des Vorstands oder sonstiger Gesellschaftsorgane

18) Sie beruhen natürlich im Grunde auf ähnlichen Erwägungen; und auch wir haben gegen ein Hand-in-Hand-gehen des Zivil- und Strafrechts nicht einzuwenden, wenn die notwendige Erkenntnis von der Unabhängigkeit des Strafrechts dadurch nicht verdunkelt wird.

19) „Sogar (!) für den Fall einer Nichtigkeit der ganzen (!) AG geht RG 43, 413 davon aus . . . Umso mehr muß das gelten . . ."

20) Durch welche die Strafbarkeit wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit (§ 140 Abs. 2 VerfAuffGes) verneint werden sollte.

wahrgenommen haben. Deshalb hat RG JW 1934, 696 die Bestrafung der Prokuristen „als Vorstandsmitglieder in strafrechtlich-tatsächlichem Sinn" nach § 314 HGB abgelehnt, obwohl der nur formell zum alleinigen Vorstand bestellte und als solcher eingetragene Bürovorsteher sich um die Geschäftsführung in keiner Weise gekümmert, auch keinerlei Vergütung dafür bezogen hatte[21]). Nur vom Standpunkt dieser Rechtsprechung aus war es auch zulässig und notwendig, die Prokuristen einer G.m.b.H., die an Stelle der eingetragenen Geschäftsführerin — einer 67 Jahre alten Frau — „die Geschicke der Gesellschaft tatsächlich leiteten", unter entsprechender Anwendung der §§ 83 GmbHG., 240 Nr. 3 KO zu bestrafen, da sie in der Tat selbst unter Anwendung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze bei unmittelbarer Anwendung des Gesetzes, auch im Wege der dargelegten ausdehnenden Auslegung, wegen Fehlens der strafbegründenden Sondereigenschaft straflos hätten ausgehen müssen (RG 71, 112)[22]).

Was nun die Stellungnahme zu dieser Rechtsprechung angeht, so ist nicht zu verkennen, daß eine derartige — immerhin recht feine — Unterscheidung zwischen der tatsächlichen Ausübung bestimmter Funktionen auf Grund einer zivilrechtlich nichtigen Bestellung zum Vorstandsmitglied und einer solchen, die lediglich für einen anderen Rechtsträger erfolgt[23]), sicherlich durchführbar ist und einer möglichst klaren Abgrenzung der Verantwortlichkeit dient; zumal, wenn man berücksichtigt, daß sich der eigentliche, „juristische" Rechtsstelleninhaber nicht einmal durch tatsächliche Anmaßungen anderer Personen aus seiner Rechtsstellung verdrängen lassen darf[24]), und daß im Hinblick auf die Möglichkeit „entsprechender Gesetzesanwendung" nicht gerechtfertigte Freisprüche in Zukunft nicht mehr zu befürchten sind[25]). Ob jedoch eine derartige Einschränkung des erwähnten Grundsatzes zwingend ist, erscheint nicht unzweifelhaft. Das beweist der mit RG 71, 112 hinsichtlich unserer Fragestellung fast gleich-

21) Bestrafung konnte deshalb lediglich gemäß § 266 StGB erfolgen; methodisch ebenso RG 5 D 95/35 vom 7. 3. 1935: Der in der Rechtsprechung (RG 64, 84) entwickelte Grundsatz, der schon durch die praktische Erwägung gerechtfertigt ist, daß irgendjemand vorhanden sein muß, der für die Erfüllung der der Aktiengesellschaft obliegenden Pflichten verantwortlich ist, kann nicht dazu führen, neben oder anstelle des vorhandenen Vorstands andere strafrechtlich haftbar zu machen." Vgl. neuerdings RG 71, 344.

22) Durchaus folgerichtig auch RG DJ 1938, 304: Wer als Beauftragter des Inhabers eines Einzelhandelsgeschäfts allein dieses Geschäft tatsächlich leitet und die Bücher führt, ist in entsprechender Anwendung des § 240 Abs. 1 Nr. 3 KO gemäß § 2 StGB wegen unordentlicher Buchführung an Stelle des Schuldners zu bestrafen, wenn diesem kein Verschulden nachzuweisen ist.

23) weil dieser an der Wahrnehmung der Geschäfte uninteressiert oder tatsächlich gehindert ist.

24) Dies „berührt nicht seine strafrechtliche Verantwortung, begründet sie vielmehr": so RG 3 D 459/35 vom 17. 12. 35.

25) Aber damit ist für unsere Problemstellung wenig gewonnen; denn es fragt sich gerade, ob auf die Rechtsschöpfung zurückgegriffen werden darf und muß.

liegende Fall RG 62, 15, in dem das RG — gerade umgekehrt — nicht die 67 Jahre alte Inhaberin des Bankgeschäfts, sondern die Prokuristen als „Bevollmächtigte" der Bankkunden i. S. des § 266 Nr. 2 StGB angesehen hat. Gerade diese Gegenüberstellung gibt aber gleichzeitig auch den Hinweis für die Begründung dieser abweichenden Betrachtungsweise: Der Begriff des „Bevollmächtigten" ist, wie dargelegt, rein strafrechtlicher Natur und lediglich nach den tatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen, während die Bestellung zum Vorstandsmitglied, zum Geschäftsführer einer G.m.b.H. von privatrechtlichen Normen und Gedankengängen abhängig bleiben soll.

Auch hier zeigt sich also die Auswirkung des Gegensatzes zwischen zivilrechtlicher und tatsächlicher, d. h. spezifisch strafrechtlicher Begriffsbildung. Wo die Begriffe als solche übereinstimmen, kann sich das Strafrecht allenfalls über die zivilrechtliche Nichtigkeit des die Rechtsstellung begründenden Rechtsverhältnisses hinwegsetzen und so die strafbegründende Sondereigenschaft als „tatsächlich", d. h. wenigstens strafrechtlich, vorhanden anerkennen. Dagegen ist es bei Begriffen, die rein tatsächlich-strafrechtlicher Natur sind, an die zivilrechtlich vorgesehene oder vorhandene Formung des Rechtsverhältnisses nicht zwingend gebunden und kann insoweit jegliche faktische Funktionsausübung als genügend erachten, wenn damit die Voraussetzungen des betreffenden strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals rein tatsächlich erfüllt sind. Damit kommen wir auf unsere Ausgangsfrage zurück, ob eine begriffliche Abweichung vom Zivilrecht möglich ist, d. h. hier, ob es — ebenso wie einen rein strafrechtlichen Bevollmächtigten — auch einen rein tatsächlichen Geschäftsführer, Liquidator, Vorstand usw. im spezifisch-strafrechtlichen Sinne gibt. Solange das nicht anerkannt wird — und es ist bisher in der Rechtsprechung abgelehnt worden — läßt sich gegen die einschränkende Abgrenzung des Grundsatzes der tatsächlichen Innehabung einer Rechtsstellung wenig sagen. Auch hier aber liegt es auf der Linie der geschilderten Entwicklung, die strafrechtlichen Begriffe möglichst weitgehend auf ihre tatsächlichen Elemente zurückzuführen, sie in ungekünsteltem, weitem Sinne auszulegen, um die Rechtsschöpfung nicht unnötig als letzten Ausweg heranziehen zu müssen. Wir würden deshalb kein Bedenken tragen, jeden, der sich als Geschäftsführer, Vorstandsmitglied, Liquidator usw. „geriert"[26]), d. h. im Verkehr tatsächlich die einer solchen Rechtsstellung entsprechenden Funktionen ausübt — sei es sogar „zu Unrecht"[27]) — lediglich auf Grund dieser Tatsache für die von ihm in dieser Eigenschaft begangenen Straftaten und Pflichtverletzungen strafrechtlich verantwortlich zu machen, d. h.

26) Vgl. die Ausführungen von Stock (oben S. 195) zur Begründung des spezifisch strafrechtlichen Beamtenbegriffs, in denen ausdrücklich auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen wird..

27) so RG JW 1935, 127.

ihm die vom Strafgesetz vorausgesetzte Sondereigenschaft — wenigstens im strafrechtlichen Sinne — beizulegen[28]).

Wer dieser äußersten Konsequenz der unsere ganze Abhandlung durchziehenden Tendenz zur Emanzipation des Strafrechts ablehnend gegenübersteht, wird die erwähnte Rechtsprechung uneingeschränkt billigen können. Denn sonstige Angriffspunkte sind namentlich aus tatsächlichen Gründen nicht vorhanden; insbesondere läßt sich der Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung für die Begründung eines abweichenden Ergebnisses nicht verwenden. In RG JW 1934, 696 wird ausdrücklich festgestellt[29]), daß es sich bei der Bestellung eines formellen Vorstands „nicht um eine sittenwidrig nichtige oder nicht ernstlich gemeinte Maßnahme handele", und auch in den übrigen Fällen, in denen sich die rechtliche Verteilung der Zuständigkeiten nicht mit der tatsächlichen Ausübung der Funktionen deckt, ist diese rechtliche Gestaltung als solche gewollt, so daß sie nicht ohne weiteres als Schiebung bezeichnet und behandelt werden kann, zumal wenn sie in handelsregisterlichen Eintragungen ihren Niederschlag gefunden hat[30]).

Immerhin darf die Rechtsprechung über die strafrechtliche Behandlung des „Strohmannes" bei der Feststellung der strafbegründenden Schuldnereigenschaft i. S. des §§ 239 ff. KO in diesem Zusammenhang ebenfalls als — „wenn auch selbstverständlicher" — Ansatz zur Loslösung des Strafrechts von der Allgemeinverbindlichkeit zivilistischer Formungen und juristischer Konstruktionen hervorgehoben werden. Maßgebend für die Frage, ob jemand „als Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat"[31])

„ist der wirkliche Sachverhalt in Verbindung mit den für die Begründung der Schuldnereigenschaft geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts[32]*), nicht ein hiermit in Widerspruch stehender äußerer Schein": RG 65, 413. „Strafbar ist also auch derjenige, der das Geschäft tatsächlich als sein eigenes betrieben hat, wenn es*

28) Soweit es sich um Personen handelt, die für einen anderen, insbes. für eine juristische Person tätig werden, wird in Zukunft eine Sonderbestimmung die Bestrafung des tatsächlich die Funktionen des eigentlichen Rechtsträgers (Rechtsstelleninhabers) wahrnehmenden „Vertreters oder Organs" unabhängig von der fehlenden Rechtseigenschaft ermöglichen.

29) für den Leser allerdings wenig einleuchtend.

30) Deshalb kann hier auch auf die Rechtsprechung über die strafrechtliche Bedeutung „unrichtiger Eintragungen" im Handelsregister nicht zurückgegriffen werden; vgl. z. B. RG 3 93, 240: Der versehentlich eingetragene Minderkaufmann ist trotz § 5 HGB nicht buchführungspflichtig und deshalb nicht nach §§ 239 ff. KO strafbar; ebenso ist der ausgeschiedene, aber noch eingetragene OHG-Gesellschafter nicht i. S. des § 210 KO antragsberechtigt; die Registereintragung verbürgt nicht die materielle Wahrheit: RG 26, 187.

31) Die Rechtsprechung gilt nur für die Zahlungseinstellung, nicht auch für die Konkurseröffnung, die jeweils nur in formellem Sinne zu beachten ist.

32) Der letztere Hinweis auf die Maßgeblichkeit des bürgerlichen Rechts ist durch RG 68, 109 berichtigt; vgl. oben S. 238.

auch zum Schein auf einen andern Namen in das Handelsregister eingetragen worden ist": RG 69, 70 mit Rechtsprechung.

Dieser Grundsatz der „materiellen" Inhaberschaft gilt nicht nur für das Verhältnis zwischen Geschäftsinhaber und Strohmann, sondern auch für die Beurteilung der Frage, ob es sich um einen Mit- oder Alleininhaber (RG 65, 413)[33]) oder um einen Kommanditisten oder persönlich haftenden Gesellschafter handelt (RG 69, 70).

3. Wie stark selbst die im allgemeinen vorbildliche Rechtsprechung der Gefahr ausgesetzt war, von dem strafrechtsfremden, zivilistischen Denken geknebelt zu werden, und daß sie ihr zuweilen sogar erlegen ist, das zeigen zwei methodisch wichtige Entscheidungen, die sich mit dem Begriff des Reichswehrangehörigen beschäftigen und ebenfalls auf unser grundsätzliches Problem zurückführen[34]), aber, wie vorweg zu bemerken ist, keineswegs durch die Form unserer Heeresverfassung, sondern durch die Art des strafrechtlichen Denkens entscheidend bedingt sind. Zum Nachweis der Unzulässigkeit der Übertragung zivilrechtlicher Gedankengänge auf das Strafrecht sind sie hervorragend geeignet. In dem Fall RG 56, 19 sah sich das RG vor die Frage gestellt, ob ein Minderjähriger, der ins Heer eingetreten war, sogar das damals vorgeschriebene Soldatengelöbnis abgelegt hatte und auch nicht entlassen worden war, obwohl sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung lediglich zu seiner Verwendung im Sanitätsdienst erteilt hatte, die zur Strafbarkeit erforderliche Eigenschaft eines Soldaten, damals eines Reichswehrangehörigen, erlangt habe. Es hat diese Frage verneint, und zwar mit folgender Begründung:

„Das jetzige Heer ist ein Söldnerheer . . . Die Einstellung erfolgt also auf Grund eines zwischen der zuständigen Kommandostelle und dem Freiwilligen abgeschlossenen Vertrags, der öffentlich-rechtlicher Natur ist, jedoch, soweit nicht abweichende Vorschriften erlassen sind, den allgemeinen, im BGB ausgesprochenen Grundsätzen über Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Vertragsschluß usw. untersteht. Minderjährige bedürfen hiernach zu einem rechtswirksamen Abschluß des Söldnervertrags der Zustimmung oder nachträglichen Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB). Ohne eine solche erzeugt der abgeschlossene Vertrag für den Minderjährigen nicht die Rechte und Pflichten eines freiwilligen Soldaten oder Reichswehrangehörigen; der Minderjährige untersteht dann nicht dem Militärstrafgesetzbuch, noch unterstand er für die Zeit ihrer Geltung der früheren Militärgerichtsbarkeit."

33) er ist also entsprechend anwendbar auf den, der zwar dem äußeren Schein nach nur als Angestellter des von einem anderen betriebenen Geschäfts, in Wirklichkeit aber neben diesem als Gesellschafter tätig ist: RG aaO. Eine derartige „Schiebung" fehlt in dem oben S. 277 N. 22 erwähnten Fall RG DJ 1938, 304.

34) Daß die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, i. S. des BGB gesehen, nur einen Untauglichkeits-, nicht einen Unfähigkeitsgrund darstellt, also die gleichwohl erfolgte Einstellung ins Heer die Soldateneigenschaft begründet, ist anerkannt (vgl. RG 54, 15 und das im folgenden erwähnte neuere militärrechtliche Schrifttum). Deshalb taucht insoweit unser Problem hier nicht auf.

Diese Begründung bedarf keiner Erläuterung! Ein schlagenderes Beispiel für die völlige Unzulänglichkeit und deshalb Unzulässigkeit eines solchen zivilistischen Vertragsdenkens im Strafrecht — das ausschließlich an abstrakten Allgemeinbegriffen und Gedankengängen des Allgemeinen Teils des BGB orientiert — jegliche konkrete Ordnung und lebenswahre Gestaltung begrifflich vergewaltigt und in das Schema des bürgerlichrechtlichen Vertrags, des Typus „Rechtsgeschäft" einzwängt, läßt sich wohl in der gesamten Rechtsprechung des RG nicht nachweisen. Man wende nicht ein, das habe an der damaligen Heeresverfassung, an dem Prinzip des sich aus „Freiwilligen rekrutierenden Söldnerheeres" gelegen. Das Gegenteil ist richtig! Gerade diese damalige Rechtslage hätte die Augen öffnen müssen für die Erkenntnis des grundsätzlichen Problems, für die Notwendigkeit einer eigene Wege gehenden, lebenswahreren strafrechtlichen Auslegung. Wieviel Argumente hätten zur Verfügung gestanden, um den „faktischen", nicht rechtlichen Soldaten der Strafgewalt der Truppe zu unterwerfen, in der er bisher gedient hatte. Sie sind nicht etwa abgelehnt, nein, nicht einmal erörtert worden. Mit unbedingter Folgerichtigkeit lief die Kette zivilistischer Beweisführung ab, ohne daß die Zulässigkeit dieses Vertrags- und Anspruchs-Denkens im Strafrecht auch nur geprüft worden wäre, und staunend erfuhr der Angeklagte, der sich ganz zweifellos eine militärische Pflichtverletzung hatte zuschulden kommen lassen, daß er trotz des Soldatengelöbnisses, trotz Ausübung des militärischen Dienstes, trotz Löhnung usw., strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden könne, weil er im wahrsten Sinne des Wortes nur „Soldat gespielt", nicht aber die „Rechtsstellung" eines Reichswehrangehörigen eingenommen habe[35]). Mag man sich damals und sogar heute noch an die zivilistisch gefärbte Brille des rechtsgeschäftlichen Denkens auch so sehr gewöhnt haben und im übrigen so farbenblind geworden sein, daß man damit sogar den militärischen Belangen zu dienen glaubte[35]) — die Vergewaltigung der Belange der Strafrechtspflege hinzunehmen, dürfte schlechterdings unmöglich sein. Dies ist jedenfalls bei unbefangener Betrachtung und im Hinblick auf die bisherigen Ausführungen wohl kaum zu bestreiten.

Nur gegen einen denkbaren Einwand noch wollen wir uns wenden, den der Minderjährigkeit, denn er hat grundsätzliche Bedeutung: Ist die Entscheidung i. S. der zivilrechtlichen Betrachtungsweise nicht schlechthin zwingend geboten, weil eben Minderjährige allein keine rechtsgültigen Verträge abschließen können, und zwar aus wohlerwogenen rechtsgeschäftlichen Gründen? Dieser Einwand, der sich für zahlreiche, die Straf-

35) Wir müssen es den Militärjuristen überlassen, diese Entscheidung durch die „besonderen militärischen Belange" zu verteidigen (vgl. Rittau ZfWehrR 1936, 116 ff.) und sich überhaupt mit einer derartigen recht bequemen Begründung abzufinden. Vgl. hiergegen treffend Dietz ZfWehrR. 1936, 176.

barkeit begründenden Rechtsverhältnisse geltend machen läßt[36]), ist nur dort durchschlagend, wo die streng zivilistische Betrachtungsweise herrscht. Darüber hinaus kann er keine allgemeine Geltung beanspruchen, und zwar aus der einfachen Überlegung, weil die strafrechtliche Deliktsfähigkeit sich eben nicht mit der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit deckt, sondern bereits früher beginnt. Wohin sollte das Strafrecht kommen, wenn minderjährige Personen zwischen 18 und 21 Jahren, die u. U. längere Zeit eine Rechtsstellung eingenommen haben, die das Strafrecht als Tatbestandsmerkmal verwendet, aus der aber wegen fehlender Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (oder aus einem anderen zivilrechtlichen Grunde) bürgerlich-rechtliche Verpflichtungen nicht entstehen, aus diesen rechtsgeschäftlichen Gesichtspunkten auch nicht bestraft werden könnten, obwohl sie tatsächlich die Funktionen wie ein vollgültig zu dieser Stellung Berufener ausgeübt und auch die strafrechtliche Einsicht für die von ihnen begangenen Straftaten gehabt haben? Soll der 20jährige Vorstand, Geschäftsführer, Beauftragte, Bevollmächtigte, Soldat usw., der tatsächlich in der Lage gewesen ist, den ihm übertragenen Aufgabenkreis zu erfüllen und zu überschauen, sich der strafrechtlichen Verantwortung entziehen können durch den Hinweis, er sei aber daraus rechtsgeschäftlich nicht verpflichtet und deshalb auch strafrechtlich nicht zu fassen? Hier muß der Hinweis auf die bereits früher beginnende strafrechtliche Deliktsfähigkeit durchschlagen: Die tatsächliche Einnahme einer strafrechtlich relevanten Rechtsstellung schafft die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, in der Ausübung dieser Funktionen mit den Strafgesetzen nicht in Konflikt zu kommen. Soweit das Strafrecht die Strafbarkeit von einer Rechtsstellung abhängig macht, die von einem Minderjährigen allein zivilrechtlich wirksam nicht eingenommen werden kann, andererseits demselben Minderjährigen die strafrechtliche Verantwortungsfähigkeit beilegt, darf die zivilrechtliche Nichtigkeit der von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, insbesondere derjenigen, die zur Erlangung dieser Rechtsstellung erforderlich waren, kein Hindernis für die Bestrafung sein wegen solcher Taten, die durch die tatsächliche Einnahme dieser Rechtsstellung veranlaßt, mit ihr verbunden sind. Dieses strafrechtlich gebotene Ziel kann aber niemals mit einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise erreicht werden; denn diese ermöglicht stets, — auch abgesehen von dem Gesichtspunkt der Minderjährigkeit —, sich mit strafrechtsfremden Beweisgründen der Bestrafung zu entziehen.

36) und z. B. hinsichtlich der Schuldnereigenschaft i. S. der Konkursdelikte nach der Rechtsprechung des RG auch nicht zu widerlegen ist (RG 55, 5); vgl. jedoch die Stellungnahme des Schrifttums zu der überwiegend verneinten Frage, ob ein Minderjähriger nicht hinsichtlich seiner Verpflichtungen aus strafbaren Handlungen als Schuldner i. S. des § 239 ff. KO angesehen werden kann (i. S. der herrschenden Lehre und Rechtsprechung Olshausen S. 2144 Note 6, anders Lobe Note 2). Von welchen Zufälligkeiten die Bestrafung durch die Bindung ans Zivilrecht abhängig gemacht wird, beweist die Entscheidung RG 58, 304 wonach ein Minderjähriger zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt und auch strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann — weil nach § 165 BGB seine Minderjährigkeit der Gültigkeit der von ihm für die Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht entgegenstehe! Als ob das ein entscheidender Gesichtspunkt sein könnte, um seine Strafbarkeit als Geschäftsführer (§ 83 GmbHG) wegen bestimmter Taten zu begründen, für deren Begehung er als „Schuldner" i. S. der §§ 329 ff. KO strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden soll. Was die Rechtsgültigkeit der im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte mit der Frage der strafrechtlichen Verantwortung des minderjährigen Geschäftsführers zu tun haben soll, ist schlechterdings nicht einzusehen. Strafrechtlich sollte es jedenfalls keinen Unterschied begründen können, ob der Täter als Geschäftsführer einer GmbH oder als persönlicher „Schuldner" sich etwas zuschulden kommen läßt, wenn er in beiden Fällen trotz seiner Minderjährigkeit die strafrechtliche Einsicht besessen hat.

Das zeigt sich bei der in grundsätzliche Hinsicht gleichliegenden Frage, ob die Zugehörigkeit zur Wehrmacht „auch im strafrechtlichen Sinn" nur durch die in § 18 des früheren Wehrgesetzes vorgeschriebene Aushändigung des Verpflichtungsscheins begründet werden konnte? Auch diese Frage hat RG 67, 211 aus der Erwägung bejaht, daß die Verpflichtung zum Soldatendienst nur durch Abschluß eines Vertrags zwischen dem Reich und dem einzelnen Mann begründet werden könne, dessen Wirksamkeit von bestimmten Voraussetzungen, insbesondere von der Beachtung der vorgeschriebenen Formalien abhängig sei:

> *„Hiernach enthält die tatsächliche Einstellung eines Freiwilligen in die Reichswehr ohne gleichzeitige Aushändigung des Verpflichtungsscheins am Gestellungstage eine Verletzung der bestehenden Bestimmungen, die es verhindert, daß der Eingestellte ... rechtlich der Wehrmacht zuzurechnen ist."*

Auch hier gelten die geäußerten Bedenken gegen die Unzulässigkeit eines derartigen Vertragsdenkens, sogar in verschärfter Weise[37]). Es erscheint schlechthin untragbar, daß der tatsächlich in der Truppe dienende Mann „rechtlich", d. h. also insbesondere auch disziplinarrechtlich und strafrechtlich, der Wehrmacht nicht angehören, der Militärgerichtsbarkeit nicht unterworfen sein soll, nur, weil man vergessen hat, ihm seinen Verpflichtungsschein auszuhändigen. Auch hier muß die tatsächliche Einstellung und Dienstleistung die Unterwerfung unter die Militärgerichtsbarkeit zur Folge haben. Daß das RG auch hier nicht zur Überwindung des Vertragsdenkens und damit zu diesem sachlich gebotenen Ergebnis gekommen ist, wundert um so mehr, als es immerhin eine Ausnahme zugelassen hat, die in ihrer Vereinzeltheit allerdings befremdend wirkt:

37) Sie werden auch nicht dadurch gemildert, daß das RG — abweichend von der Ansicht des Verteidigers und sogar von den Erläuterungswerken von Semmler und Rittau — wenigstens die nachträgliche Heilung dieses Mangels durch die spätere Aushändigung des Verpflichtungsscheins zugelassen hat. Denn selbst diese Erwägung ist — abgesehen davon, daß sie das Mindeste darstellt, was man von einer lebensnahen Rechtsprechung erwartet — lediglich eine Fortsetzung des zivilistischen Denkens, die durch die Verneinung der Rückwirkung der Genehmigung den strafrechtlichen Belangen etwas angepaßt ist.

„Schon der tatsächliche Diensteintritt begründet für sich allein die Zugehörigkeit des Freiwilligen zur Wehrmacht, indessen lediglich insofern, als dieser Freiwillige bei der Feststellung der jeweils vorhandenen Ist-Stärke[38]*) der Reichswehr als zu dieser gehörig mitzuzählen ist. In den übrigen Beziehungen dagegen ist für die Zugehörigkeit des Freiwilligen zur Wehrmacht die Aushändigung des Verpflichtungsscheins an ihn entscheidend."*

Wir wollen nicht in eine etwas bittere Polemik gegen die Zulassung gerade dieser Ausnahme zugunsten der „Interalliierten Militärkontrollkommission" eintreten. Aber um so stärker drängt sich die Frage auf, warum die „teleologische Auslegung", diese Berücksichtigung des jeweiligen Zwecks, nämlich hier, eine Umgehung der Höchstgrenze zu verhindern, nicht allgemein durchgeführt worden ist. Dann hätte sich nämlich herausgestellt, daß derartige zivilrechtlich-technische Gesichtspunkte und Zufälligkeiten für die strafrechtliche Zugehörigkeit zur Wehrmacht keine Geltung beanspruchen dürfen. Im übrigen sprechen die ausführlichen Erwägungen, die das RG aaO. S. 214 angestellt hat, um nachzuweisen, daß zum mindesten eine nachträgliche Heilung dieses Mangels anerkannt werden müsse, wolle man nicht zu völlig unhaltbaren Ergebnissen gelangen, in durchaus gleicher Weise zwingend für die Bejahung der Wehrmachtszugehörigkeit des Täters vom Tage des tatsächlichen Eintritts an. Denn auch dann ist es in der Tat

„ein geradezu unhaltbarer Zustand, daß ein Mann tatsächlich Militärdienste leistet, gleichwohl rechtlich der Wehrmacht nicht angehört, so daß also für und gegen ihn die mit solcher Zugehörigkeit verknüpften rechtlichen Wirkungen nicht eintreten, insbesondere auch nicht insoweit, als sie auf disziplinarem und strafrechtlichem Gebiet liegen": RG aaO.

Deshalb geht es auch nicht an, die strafrechtlich erhebliche Zugehörigkeit zur Wehrmacht von zivilrechtlichen Gesichtspunkten, etwa der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der Aushändigung des Verpflichtungsscheins abhängig zu machen. Es muß genügen, daß sie „in tatsächlicher Hinsicht" vorhanden ist. Daß dieses Ergebnis nicht erreicht wurde, lag — von unserem strafrechtlichen Standpunkt aus gesehen — nicht an einer verfehlten Regelung des Wehrgesetzes, nicht an der Aufstellung bestimmter Erfordernisse, die außerhalb des Strafrechts durchaus zu beachten sein mögen, sondern an einer falschen Strafrechtstheorie, die — wie Emge zu der entsprechenden steuerrechtlichen Problemstellung hervorgehoben hat — den Vorschriften des Privatrechts eine ihnen nicht zukommende Allgemeingültigkeit zuschreibt, ihre Wirkungen verabsolutiert, ihre Existenz verdinglicht.

Diese grundsätzliche Erkenntnis ist keineswegs durch die Neuordnung unserer Heeresverfassung, insbesondere durch die Abschaffung des Söldnersystems überholt. Denn auch im neuen Wehrrecht taucht die grundsätzliche Fragestellung in nur wenig veränderter Gestalt auf, und die zahlreichen Untersuchungen über die Rechtsstellung der zu Unrecht in die Wehrmacht eingestellten Personen (Ausländer, Jugendlicher), die seit der Abhandlung von Wagner[39]) veröffentlicht sind, lassen die Bedeutung dieser Frage erkennen, die aber noch nicht, wie in diesem Zusammenhang, unter dem entscheidenden rechtsmethodologischen Gesichtspunkt betrachtet wird. Auch hier handelt es sich letzten Endes darum, ob die zu Unrecht eingestellten Personen während der Dauer ihres Eingestelltseins im Rechtssinne Soldaten sind, und Wagner richtet die Frage alsbald auf den entscheidenden Gesichtspunkt aus, indem er mit Recht betont, daß ihre Verneinung strafrechtlich zu unhaltbaren Konsequenzen führen müßte. Über die Begründung der Entscheidung gehen zwar die verschiedenen Ansichten weit auseinander; im Ergebnis aber dürfte es herrschende Meinung sein, daß jeder — wenigstens im strafrechtlichen Sinne — „Soldat ist, der Wehrdienst tut"[40]). Diese Auffassung wird jedenfalls allein den strafrechtlichen Belangen gerecht, denn sie unterstellt alle tatsächlich wehrdienstleistenden Personen ohne weiteres dem Militärstrafrecht, ohne daß ihre Einstellung etwa unter dem Gesichtspunkt des fehlerhaften Staatsaktes noch geprüft werden müßte und ihre strafrechtliche Verantwortung je nachdem verschieden beurteilt werden könnte[41]). Die Erörterung dieser Frage würde jedenfalls durch die Erkenntnis sehr vereinfacht, daß die strafrechtliche und außerstrafrechtliche Beurteilung nicht notwendig zu dem gleichen Ergebnis zu führen brauchen. Zu dieser Einsicht gelangt man sicherlich, wenn man derartige Spezialfragen an Hand eines Einzelfalles prüft, nicht gleich; aber wenn unsere methodische Begründung sich durchsetzen könnte, würden gegen die Soldateneigenschaft zu Unrecht eingestellter Personen im strafrechtlichen Sinn wohl auch von denjenigen kaum

38) d. h. der nach § 2 des damaligen Wehrgesetzes zulässigen Höchststärke.

39) DJZ 1936, 466.

40) So mit Recht Brauns, DJZ 1936, 929. Die Lehre Wagners aaO. von der dritten Wehrpflichtquelle hat sich als nicht haltbar erwiesen. Die vom strafrechtlichen Standpunkt überaus bedenkliche Auffassung von Rittau (ZfWehrR 1936, 116), der sogar die Rückwirkung der Einstellungsgenehmigung des RKM bei Ausländern bejaht, ist bereits von Dietz (aaO. S. 215) überzeugend zurückgewiesen worden; derselbe auch treffend gegen die allzu leichte Begründung einer Entscheidung mit „zwingenden militärischen Belangen", zumal, wenn man sich über deren Zielrichtung nicht einmal einig ist. Vgl. auch Dietz, ZfWehrR 1936 S. 167 ff. und zu § 15 WehrG.; er verneint die Soldateneigenschaft des Ausländers und des noch nicht Siebzehnjährigen — im Gegensatz zum reichsdeutschen Juden. Gegen ihn Siegert JW 1937, 985; vgl. ferner Wagner, ZfWehrR 1936, 225: „Im allgemeinen wird das Soldatsein in allen Fällen fehlerhafter Einstellung bejaht." Derselbe auch in ZfWehrR 1937, 533, hier ebenfalls von Dietz bekämpft; vgl. ferner Schwinge, MilStGB S. 25 ff. und Glahn, DRWiss 1937, 257.

41) Dieser Gesichtspunkt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit muß auch für die Frage der Soldateneigenschaft der zu Unrecht eingestellten Juden entscheidend berücksichtigt werden.

Bedenken geltend gemacht werden, die sie bisher schlechtweg verneint haben[42]).

Zuzugeben ist allerdings, daß sich der Begriff des „Soldaten" i. S. der neuen Wehrverfassung weniger eignet, um die grundsätzliche Verschiedenheit der strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Betrachtungsweise aufzuzeigen, da die bisher den Ausgangspunkt der Untersuchung bildende Frage der Nichtigkeit der Bestellung hier durch das weitere Problem des fehlerhaften, nichtigen oder gültigen Staatsaktes verschoben wird. Hier ist, wie bei der Bestellung zum Beamten und Vormund, zunächst einmal von der allgemeinen Gültigkeit des Staatsaktes auszugehen[43]), so daß sich schon aus diesem Grunde die praktische Bedeutung unserer Problemstellung verringert. Aus ähnlichen Gesichtspunkten hat die Rechtsprechung in der Minderjährigkeit, der Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter und der bürgerlichen Ehrenrechte bloße „Untauglichkeitsgründe" erblickt, welche die Rechtswirksamkeit der Bestellung jedenfalls im strafrechtlichen Sinne nicht berühren[44]). Soweit aber darüber hinaus trotzdem die Bestellung nichtig wäre, müßte auch hier die rein tatsächliche Ausübung der Funktionen zur Begründung der strafrechtlich-erheblichen Sondereigenschaft genügen[45]).

4. Ein lehrreiches weiteres Beispiel dafür, daß die zivilrechtliche Nichtigkeit auch bei anderen als tätertypisierenden Tatbestandsmerkmalen im Strafrecht nicht beachtet werden darf, bildet der Begriff der „versicherten" Sache in § 265 StGB, bei dessen Auslegung sich die Rechtsprechung ebenfalls von dem im Schrifttum oft vertretenen zivilistischen Vertragsdenken losgesagt hat[46]). Daß § 265 StGB lediglich den formellen Abschluß des Versicherungsvertrags voraussetzt, ohne Rücksicht darauf, ob er anfechtbar oder nichtig ist, wird heute in der Rechtsprechung anerkannt (RG 59, 248). Die Bestimmung will gerade den erfahrungsmäßig häufigsten Fall der betrügerischen Inbrandsetzung überversicherter Sachen treffen, in dem der Versicherungsvertrag nach § 51 Abs. 2 VVG nichtig ist:

„Wollte man in diesen Fällen wegen der Nichtigkeit des Versicherungsvertrages den § 265 StGB auf die nachfolgende betrügerische Inbrandsetzung der versicherten Sache nicht anwenden, so würde sein Gebiet

42) Und zwar gilt dies in gleicher Weise für die Eigenschaft des Soldaten auf der Subjekt-, wie auf der Objektseite.

43) vgl. Wagner ZfWehrR 1937, 533 unter Bezugnahme auf das neue DBG und unter Hinweis auf die Gleichartigkeit der Fragestellung hinsichtlich der Soldateneigenschaft der irrtümlich in die Wehrmacht eingestellten Personen.

44) RG 2, 82; 50, 19; 54, 15.

45) Anders Binding Lehrbuch II S. 382 ff., der die Beamteneigenschaft im strafrechtlichen Sinn bei Nichtigkeit des Anstellungsaktes verneint, andererseits aber auch den spezifisch strafrechtlichen Beamtenbegriff des RG ablehnt.

46) so schon früher Binding I S. 363; vgl. ausführlich Olshausen S. 1431 zu § 265.

in einer Weise beschränkt werden, die an Ausmerzung grenzt. Eine derart gegen den Gesetzeszweck verstoßende Auslegung ist abzulehnen": RG aaO.[47])

Dieselbe Auffassung liegt der Entscheidung RG 67, 109 zugrunde, die den § 265 StGB auch für die Zeit der Leistungsfreiheit des Versicherers bei an sich fortbestehendem Versicherungsvertrag angewandt hat. Daß der Versicherungsvertrag im einzelnen Fall nicht rechtlich wirksam zu bestehen braucht, ergebe sich aus dem Zweck der Vorschrift, die vor allem die dem allgemeinen Nutzen dienende Feuerversicherung vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme schützen soll[48]). Gegenüber den zivilistischen Erwägungen, die der Leipziger Kommentar noch in 3. Auflage[49]) verteidigen zu müssen glaubte, haben sich also auch hier die besonderen Bedürfnisse des Strafrechts durchgesetzt; und diese teleologische Auslegung in dem von uns stets befürworteten Sinn der möglichst weitgehenden Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse findet ihre dogmatische Rechtfertigung in der Erkenntnis, daß es sich bei § 265 StGB um ein Motivationsdelikt handelt, für dessen Bejahung die bloße Geeignetheit der Behauptungen und Handlungen zur Täuschung bereits genügend und entscheidend ist.

5. Wesentlich geringere Schwierigkeiten verursacht die strafrechtliche Behandlung der zivilrechtlichen Nichtigkeit eines Rechtsverhältnisses bei denjenigen Tatbestandsmerkmalen, die lediglich in ihrer Bezeichnung mit den gleichlautenden anderer Rechtsgebiete übereinstimmen, in Wirklichkeit aber spezifisch strafrechtlicher Natur und deshalb von den Vorschriften des bürgerlichen Rechts unabhängig und schlechthin nach den tatsächlichen Verhältnissen zu bestimmen sind. Bei ihnen ist die bloß rechtliche Nichtigkeit für das Strafrecht bedeutungslos, sofern sie nicht bereits zur Zeit der Begehung der Tat den Anlaß zu einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gegeben, insbesondere nicht zu einer Rückgängigmachung der faktisch eingenommenen Rechtsstellung des Täters geführt hat. Diese Folgerungen der grundsätzlichen Einstellung, die wir bereits früher begründet haben, sind hier lediglich an einigen Beispielsfällen aufzuzeigen, in denen sich die Rechtsprechung speziell mit dem Problem der Nichtigkeit auseinandersetzen mußte.

Schon RG 41, 266 hatte, obwohl damals die spezifisch strafrechtliche Natur des Bevollmächtigtenbegriffs noch nicht in dem erforderlichen Maße

47) Über die Unabhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht im Hinblick auf die frühere Zersplitterung der Landesprivatrechte vgl. oben S. 28 zu RG 59, 248.

48) „Dieses Ziel wird am besten gefördert, wenn nach Möglichkeit alle Fälle, in denen die Absicht, rechtswidrig eine Brandentschädigung zu erlangen, die Triebfeder der Brandlegung war, vom Strafgesetz in seiner ganzen Schärfe erfaßt werden:" RG aaO.

49) Zu § 265 Note I: „Die Nichtigkeit, mag sie auf dem Mangel der Form oder dem Inhalt beruhen, schließt, da ihm das Gesetz die Wirksamkeit versagt, die im Tatbestand erforderte Eigenschaft der versicherten Sache aus. In den Fällen der §§ 134, 138 BGB ist sonach der Tatbestand des § 265 nicht erfüllt."

herausgearbeitet war, Untreue in einem Fall bejaht, in dem die Vollmachtserteilung wegen Sittenwidrigkeit nichtig war. In neuerer Zeit ist in zahlreichen Entscheidungen anerkannt, daß es auf den rechtlichen Bestand des zugrundeliegenden Verhältnisses überhaupt nicht ankommt (z. B. RG 61, 230; 70, 9), daß eine „durch Rechtsgeschäft" eingeräumte Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen, „selbst dann gegeben sein kann, wenn das Rechtsgeschäft im einzelnen Fall keinen bürgerlichrechtlichen Bestand hat" (RG JW 1935, 3389 Nr. 19 mit Rechtsprechung). Für § 266 StGB (n. F.) ist es eine schon fast selbstverständliche Feststellung, daß auch der einem Minderjährigen erteilte Auftrag zum Verkauf von Lotterielosen, der aber nach §§ 106 ff. BGB nicht rechtswirksam zustande gekommen war, ein „tatsächliches" Treuverhältnis begründen kann (RG JW 1935, 2664). Dementsprechend brauchen die vermögensschädigenden Verfügungen i. S. des § 266 Nr. 2 StGB (a. F.) nicht zivilrechtlich gültig zu sein; entscheidend ist vielmehr ihre tatsächliche Wirkung (RG 61, 4 und 230). Dieselben Erwägungen sind maßgebend für die strafbegründenden Eigenschaften, z. B. des Vormunds, des Beauftragten, des Vertreters u. a. Begriffe, deren tatsächliche, d. h. spezifisch strafrechtliche Natur wir früher geschildert haben. Auch für sie wird es strafrechtlich genügen, daß der Täter eine entsprechende Rechtsstellung tatsächlich eingenommen hat. Diese Auffassung muß sogar gegenüber der abweichenden Entscheidung RG 45, 309[50]) für § 235 StGB aufrechterhalten werden, obwohl nicht zu verkennen ist, daß hier der Begriff „Vormund" auf der Objektseite verwendet wird und „das Gesetz sich nicht nur gegen die Entziehung aus der tatsächlich ausgeübten elterlichen Gewalt richtet, sondern in erster Linie gegen Eingriffe in das elterliche oder vormundschaftliche Recht (zur Ausübung) der elterlichen Gewalt schützen will" (RG 48, 326; und JW 38, 1388)[51]).

Daß die zivilrechtliche Nichtigkeit des Verlöbnis-„Vertrags" für das Strafrecht ohne Bedeutung ist, dieses vielmehr selbständig zu beurteilen hat, wann ein Verlöbnis im strafrechtlichen[52]) Sinn vorliegt, wurde bereits früher nachgewiesen (RG 38, 243)[53]). Der Fall der Ehenichtigkeit, die nicht mit der des Zivilrechts übereinzustimmen braucht (RG 60, 247),

50) „Die Bestrafung wäre nur dann ausgeschlossen, wenn — was aber nicht der Fall war — nach dem maßgebenden bürgerlichen Recht die Anordnung der Vormundschaft beim Mangel der Inländereigenschaft des Mündels nichtig und der Vormund nicht als Vormund anzusehen wäre": RG aaO.

51) Mit Recht betont Finger (GS 82, 388) die nachträgliche Erkenntnis, daß es an den rechtlichen Voraussetzungen einer Vormundsbestellung gefehlt habe, könne nicht bewirken, „daß das Verhältnis als solches angesehen werde, dem der Schutz des § 235 StGB schon in einem Zeitpunkt fehlte, in welchem die Nichtigkeit der Anordnung noch nicht erkannt worden war."

52) und sogar im strafprozessualen Sinn: RG 40, 421.

53) vgl. auch über die Nichtigkeit der Einwilligung oben S. 263.

liegt besonders[54]). Aber selbst bei einer absoluten „Nichtehe"[55]) können u. E. die strafrechtlichen Voraussetzungen für eine Qualifizierung (z. B. § 181 Nr. 2) oder Privilegierung (z. B. § 247 Abs. 2) hinreichend auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse gegeben sein. Derselben methodischen Grundeinstellung entspricht es, wenn trotz zivilrechtlicher Nichtigkeit der durch betrügerische Machenschaften übernommenen Bürgschaft wegen der „tatsächlichen Zwangslage" des „Bürgen", den Geldgeber nichts verlieren zu lassen, eine Vermögensschädigung bejaht wurde (RG 65, 109); und ebenso muß die tatsächliche Möglichkeit, zivilrechtlich nichtige Ansprüche zu realisieren, als Bestandteil des Vermögens in wirtschaftlichem Sinne aufgefaßt werden, sodaß das betrügerische Abhalten hiervon eine Vermögensschädigung i. S. des § 263 StGB zur Folge hat (anders RG 65, 100). Daß die zivilrechtliche Nichtigkeit eines Hilfeleistungsvertrags nicht die tatsächlich übernommene Rechtspflicht zum Handeln in Frage stellen kann, ist heute allgemein anerkannt und das beliebteste Argument gegen die Begründung der Rechtspflichttheorie und die ihr zugrundeliegenden positivistischen, insbesondere zivilrechtlichen, Erwägungen über die Strafbarkeit des Unterlassens. Keiner näheren Erläuterung bedarf es, daß die zivilrechtliche Nichtigkeit des Lehrvertrags der Bestrafung des „Lehrers" gemäß § 174 Nr. 1 StGB nicht entgegensteht (RG 57, 383), wenn auch hier die richtige Erkenntnis sich durchsetzt, daß für die Inhaltsbestimmung des „strafrechtlichen" Begriffs des Lehrers ausschließlich die tatsächlichen Verhältnisse[56]) maßgebend sind. Deshalb kann auch ein anderer als der Vertragspartner, z. B. der Sohn des Geschäftsinhabers, der den Lehrvertrag abgeschlossen hatte, auf Grund seiner tatsächlichen Stellung als „Lehrer" angesehen werden (RG 62, 33)[57]); und ebenso ist es andererseits durchaus möglich, daß trotz Abschlusses eines rechtswirksamen Lehrvertrags lediglich ein zur Bestrafung aus § 174 Nr. 1 StGB nicht genügendes Arbeitsverhältnis vorliegt (RG DJ 1934, 214). Auch hier zeigt sich die Selbständigkeit des Strafrechts in doppelter Richtung: Trotz zivilrechtlicher Nichtigkeit des Lehrvertrags kann eine Lehrerstellung i. S. des § 174 Nr. 1 bejaht, trotz seiner Gültigkeit verneint werden[58]). Daß die Nichtigkeit des Erwerbsgeschäfts zwischen Vortäter und Hehler der Bestrafung nicht entgegensteht, wird selbst von Rilk (JW 1936, 730)

54) Vgl. oben S. 175 fg.

55) die sich für die strafrechtliche Betrachtung immer noch genügend von der der sog. wilden Ehe unterscheidet; ein ähnlicher Unterschied besteht zwischen dem „zivilrechtlich nichtigen" Verlöbnis und dem bloßen „Verhältnis".

56) Sie müssen nicht nur ein soziales Abhängigkeits-, sondern auch ein geistiges und sittliches Unterordnungsverhältnis begründen.

57) Oder ein Vertreter, dem die vollständige Ausbildung tatsächlich übertragen worden ist: RG 3 D 576/35; HRR 1938 Nr. 126.

58) Dieselben Gesichtspunkte gelten für die strafrechtliche Bedeutung des Landhilfe-Arbeitsvertrags. Vgl. RG JW 1936, 1446.

zugegeben, der das Merkmal „Ankaufen" im zivilrechtlichen Sinne auffassen will. Für die abweichende ständige Rechtsprechung des RG und der ihm allgemein folgenden Rechtslehre, wonach das Ankaufen eine Unterart des Ansichbringens darstellt, ist diese Folgerung selbstverständlich[59]). Ebenso kann eine Sache auch dann „anvertraut" i. S. des § 246 StGB sein, wenn das zugrundeliegende Vertragsverhältnis nichtig ist; denn es handelt sich „nicht um einen bestimmten Rechtsbegriff zivilrechtlicher Natur" (RG GA 48, 545).

Das gemeinsame Kennzeichen all dieser Fälle liegt in dem Übergang von der rein rechtlichen zur tatsächlichen, d. h. spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise, deren Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit für das Gebiet des Strafrechts außer Zweifel stehen dürfte. Wo diese notwendige Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse bereits durch die Ausbildung spezifisch strafrechtlicher Begriffe ermöglicht ist, stellt die Behandlung der zivilrechtlchen Nichtigkeit eines strafrechtlich erheblichen Rechtsverhältnisses nur einen Beispielsfall dar für die Unbeachtlichkeit zivilistischer Konstruktionen gegenüber den mit ihnen unvereinbaren strafrechtlichen Tatsachen. Wo dagegen das Strafrecht noch begrifflich an andere Rechtsgebiete gebunden ist, muß zum mindesten die zivilrechtliche Nichtigkeit vor der mit ihr in Widerspruch stehenden tatsächlichen Gestaltung zurücktreten und so wenigstens in beschränktem Umfang zu einer selbständigen, vom zivilistischen Vertragsdenken befreiten Betrachtungsweise und Auslegungsmethode führen, wie wir sie im einzelnen kennen gelernt haben.

Anhang: 6. Wir dürfen die Darstellung der Emanzipation strafrechtlicher Begriffe durch die Rechtsprechung des RG nicht abschließen, ohne wenigstens an einem klassischen Beispiel auch die Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht aufzuzeigen, nämlich an dem Begriff des „Eigentums", der den Gegenpol darstellt zu den zahlreichen erwähnten Beispielen einer mehr tatsächlichen, spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung. Auch wir wollen nicht den Versuch machen, den strafrechtlichen Eigentumsbegriff des Preußischen Obertribunals zu neuem Leben zu erwecken, nachdem das RG diese Rechtsprechung aufgegeben und — abgesehen von den erwähnten Entscheidungen zu § 266 Nr. 2 StGB (a. F.), die ein „wirtschaftliches Eigentum" anerkennen — daran bis in die neueste Zeit festgehalten hat[60]):

> *„Dies erfordert einerseits der Zweck des angezogenen Strafgesetzes, welcher eben in dem Schutze der einschlagenden privatrechtlichen Verhältnisse besteht, andererseits die Sicherheit der Rechtspflege, welche auf der Festhaltung des positiven gesetzlichen Bodens beruht und es verbietet, etwa auf Grund der Erwägung, daß die zivilrechtlichen Grundsätze über*

59) vgl. oben S. 198.

60) Vgl. etwa RG 61, 65; 64, 419: sogar für das sog. Sicherungseigentum und die Sicherungsabtretung, trotz der abweichenden Behandlung im Konkurs; ferner RG 66, 405.

> *den Eigentumserwerb zur Deckung der kriminalistischen Bedürfnisse nicht ausreichen, daß mithin unter Absehen von jenen Grundsätzen zur Sicherung von Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehre eine Lücke im Gesetze ausgefüllt werden müsse, das gegebene Strafgesetz durch Analogie über seinen gesetzlichen Rahmen hinaus auszudehnen (§ 2 StGB). Es hieße einen unlösbaren Widerspruch im Rechtsleben etablieren, wollte man die Ausübung eines nach zivilrechtlichen Prinzipien wohl erworbenen Rechts, wie es der Verkauf, der Verbrauch einer durch Tradition zum Eigentum erworbenen Sache wäre, als rechtswidrige Zueignung i. S. des Strafgesetzes ansehen und mit Strafe belegen": RG 3, 152.*[61])

Zu welchen Schwierigkeiten aber diese Bindung ans Zivilrecht, namentlich bei der strafrechtlichen Behandlung von Geld und innerhalb der früheren Untreuerechtsprechung geführt hat, ist bekannt und wiederholt geschildert worden. Wir haben schon früher auf die gekünstelte Rechtsprechung über die Untreue am sog. Individualanspruch hingewiesen, die von den Zivilsenaten wohl kaum entwickelt worden wäre und im neuen Recht durch eine erheblich verbesserte Tatbestandstechnik gegenstandslos geworden ist. Gerade diese Entwicklung beweist eindeutig die Unzulässigkeit einer begrifflichen Bindung des Strafrechts ans Zivilrecht[62]), und der Umstand, daß hier die Emanzipation nicht von der Rechtsprechung erreicht werden konnte, sondern durch den Gesetzgeber durchgeführt werden mußte, läßt das Bedürfnis für eine besondere, den Strafrechtszwecken besser Rechnung tragende Betrachtungsweise nicht minder deutlich in Erscheinung treten. Im übrigen hat H. Mayer mit beachtlichen Gründen nachgewiesen, daß das RG — nach Aufgabe der früheren Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals —, um eine Bestrafung wegen Unterschlagung bejahen zu können, Eigentumsverhältnisse an Geld angenommen hat, die „zivilistisch ganz undenkbar sind und auch in dem praktischen

61) vgl. auch RG 11, 348 zu § 308; RG 21, 367 zu § 246 StGB. — Ob diese Begründung auch heute noch in vollem Umfang als stichhaltig anzuerkennen wäre, mag dahingestellt bleiben. Vgl. aber auch RG JW 1930, 924: „Die Worte ‚oder zwar dem Brandstifter eigentümlich gehören' führen kein selbständiges Tatbestandsmerkmal in den Tatbestand des § 308 StGB ein, so daß diese Bestimmung auch auf herrenlose Sachen zu beziehen ist; sie sind daher materiell entbehrlich". Anders viele z. B. Gerland S. 448; Binding II 14/15 u. a., vgl. Olshausen Note 6d S. 1752.

62) Vgl. anders auch für das Steuerrecht RG 68, 189: „Vermögensstücke, die dem Treuhänder übereignet sind, müssen als Vermögen des Treugebers zur Vermögenssteuer angemeldet werden. Denn sie scheiden durch die Übergabe an den Treuhänder zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich aus dem Vermögen des Treugebers aus . . . In Steuersachen gilt aber anerkanntermaßen der Grundsatz, daß im allgemeinen nicht eine bürgerlich-rechtliche, sondern vor allem eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten und ausschlaggebend ist (§ 9 RAbgO) und daß insbes. der Begriff des Vermögens in erster Linie wirtschaftlich zu erfassen ist". — Über diese „treffliche", weil auf einer „funktionellen Einstellung" beruhende Unterscheidung zwischen „rechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum", vgl. neuerdings Fehr, Festschrift für H. Lehmann 1937, 37.

Fall des Konkurses niemals anerkannt würden"[63]). Zum mindesten dieses Problem wird auch in Zukumft in voller Schärfe fortbestehen bleiben, und die neueste Entwicklung läßt es nicht als sicher erscheinen, daß mit der bisherigen Beweisführung das letzte Wort gesprochen ist. Gewiß scheut man sich allgemein, einen vom Zivilrecht abweichenden Eigentumsbegriff im Strafrecht anzuerkennen; sachlich ist es aber nichts anderes, wenn neuerdings mit Hilfe der Rechtsschöpfung gemäß § 2 StGB auch dann — und vom Standpunkt des natürlichen Volksempfindens gewiß nicht mit Unrecht — wegen Diebstahls bestraft worden ist, obwohl die weggenommenen Sachen zwar formell, d. h. zivilrechtlich wegen eines Eigentumsvorbehalts noch dem Täter zustanden, wirtschaftlich aber einem anderen „gehörten"[64]).

Es wäre wenig zweckmäßig und aussichtsvoll, wollten wir die Emanzipation des Strafrechts lediglich deshalb, weil wir sie grundsätzlich für richtig halten, nun unbedingt auch auf die Eigentumsfrage ausdehnen; dies erscheint nicht einmal notwendig, da wir nicht verkennen, daß die Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht hier in der Tat durch besondere Umstände bedingt wird und erst dann beseitigt werden kann, wenn eine strafrechtlich brauchbare Ersatzregelung zur Verfügung steht. Diese aber ist bisher wohl noch nicht gefunden worden, und auch vom Standpunkt unserer Fragestellung liegt ihre Entwicklung außerhalb der Aufgaben dieser Arbeit. Unsere grundsätzliche Einstellung hindert uns deshalb nicht, insoweit die Bindung ans Zivilrecht als vorläufig unabänderlich anzuerkennen, darüber hinaus sogar eine ähnliche Entwicklung in dem Sondergebiet des Devisenstrafrechts festzustellen, auf dem nach den richtungweisenden Ausführungen von Hartenstein[65]) nicht einmal im Wege der Rechtsschöpfung die begrifflichen Bindungen ans Zivilrecht sollen überwunden werden dürfen. Im Gegensatz zum allgemeinen Strafrecht, bei dem die zivilrechtliche Seite gegenüber der in erster Linie strafrechtlichen Natur der Tatbestände stark zurücktrete, handele es sich bei den strafrechtlichen Bestimmungen der Devisengesetze um ein „in hohem

63) Strafrecht 1936 S. 201; vgl. ausführlich hierüber GS 104, 100 ff., ferner Kohlrausch, Schlegelberger-Festgabe S. 204.

64) Vgl. AG Lauenburg, das vom Berufungsgericht Stolp bestätigt wurde: JW 1937, 1167. Die Entscheidung ist bestritten; meist wird die entsprechende Anwendung des § 289 StGB befürwortet. Ob die Einbeziehung des Zivilrechts in die allgemeinbekannten Tatbestände des Strafrechts zweckmäßig ist, läßt auch der in DJ 1936, 896 mitgeteilte eigenartige Diebstahlsfall mit seinen überaus schwierigen zivilrechtlichen Konstruktionen sehr zweifelhaft erscheinen. Auch die nationalsozialistischen Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht (Bes. Teil S. 121) heben hervor, daß „das Festhalten am bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff als Grundlage für die Wegnahme fremden Guts entbehrlich" sei; leider wird der Wert dieser Feststellung durch die kurze Begründung, auch die Verletzung eines Aneignungsrechts müsse als Diebstahl bestraft werden, erheblich beeinträchtigt.

65) Devisenarchiv 1936, 156 ff.

Maße sekundäres Strafrecht", um Tatbestände, die mit Absicht in ausgesprochen bürgerlich-rechtliche Formen gekleidet und dementsprechend „streng nach den erprobten Regeln des bürgerlichen Rechts" auszulegen seien und bei deren Handhabung dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ausschlaggebende Bedeutung beigelegt werden müsse[66]).

Diese Erwägung scheint sich im allgemeinen auch in der Rechtsprechung durchgesetzt zu haben, wie die Entscheidungen des RG zur Frage der „Verfügung über eine zugunsten eines Ausländers entstandene Forderung" beweisen[67]). Dieser Begriff soll nämlich nicht mit wirtschaftlichen Argumenten über die formale Gläubigerstellung hinaus auf die rein wirtschaftliche Berechtigung ausgedehnt werden dürfen. Die Folge war, daß der häufigste Fall der versuchten Wertpapierschiebung mit Hilfe eines inländischen Strohmannes, der als sog. verdeckter Stellvertreter tätig wird, nicht unmittelbar erfaßt werden konnte[68]), da eine „Forderung zugunsten eines Ausländers" im Rechtssinne nicht entstanden war[69]).

Da es aber, wie in Rechtsprechung und Schrifttum wohl überwiegend anerkannt ist, „seine guten Gründen hat" (so RG 70, 88), daß der Ausdruck „zugunsten eines Ausländers entstanden" nur die Gläubigerstellung nach bürgerlichem Recht, nicht aber eine nur wirtschaftliche Berechtigung des Ausländers bezeichnen soll, wollen auch wir uns hier lediglich mit dieser Feststellung begnügen und uns — vom Methodenstandpunkt aus — der Auslegung des Begriffs „aushändigen zugunsten eines Ausländers"[70]) zuwenden, der ganz im Sinne der von uns befürworteten tatsächlichen Betrachtungsweise wieder „rein äußerlich und tat-

66) vgl. auch oben S. 80.

67) vgl. z. B. RG 67, 401; 68, 136; 70, 88; 71, 153 u. a., dazu die Besprechungen JW 1934, 101; 1934, 1768; die Frage kann hier natürlich nur kurz behandelt werden.

68) „Neuerdings würde übrigens in diesem Fall die später eingefügte Vorschrift des § 25 Abs. 1 DevG eingreifen": So Hartenstein aaO. S. 158.

69) Der Mittelsmann kann also nach den einschlägigen Vorschriften des Devisenrechts noch nicht bestraft werden, wenn er sich von dem Käufer der Wertpapiere den Kaufpreis auszahlen läßt, sondern erst dann, wenn er durch Abführung des Kauferlöses an den Ausländer dessen Anspruch aus dem Auftragsverhältnis (Geschäftsbesorgung) tilgt. Dieses Geschäftsbesorgungsverhältnis wird häufig aber gemäß § 29 DevBO i. V. mit §§ 134, 138 BGB nichtig sein, insbes. dann, wenn es von vornherein auf die Erzielung eines strafbaren Erfolgs im beiderseitigen Einverständnis gerichtet war. In diesem Fall kann nur dann eine Bestrafung erfolgen, wenn die Wertpapiere dem Angeklagten nur zu vorübergehenden Zwecken treuhänderisch überlassen waren, da dann der Ausländer gegen den Angeklagten einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat, dem die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB nicht entgegensteht (RG 68, 210; JW 1935, 1031). Erst diese immerhin nicht einfache Konstruktion ermöglichte es, die Abführung des Verkaufserlöses an den Ausländer devisenstrafrechtlich zu erfassen.

70) Im Sinn der §§ 14 DevBO 1932, 11 Abs. 1 DevG. 1935.

sächlich aufzufassen ist, damit das an Listen reiche Treiben der Devisenschieber am ehesten und kräftigsten da gefaßt werden kann, wo es am deutlichsten, weil äußerlich sichtbar, in Erscheinung tritt":

„Unter ‚aushändigen' ist hier ein rein tatsächlicher Vorgang, die unmittelbare körperliche Übergabe der Zahlungsmittel zu verstehen (RGSt 67, 130,139). Zur Annahme eines Aushändigens ‚zu gunsten eines Ausländers' muß es daher, ohne daß man auf einen bürgerlich-rechtlichen ‚Rechtsgrund' der Aushändigung zu sehen braucht, genügen, wenn der die Zahlungsmittel an den Inländer Übergebende weiß, daß der Empfänger seinerseits eben diese Zahlungsmittel an einen Ausländer weiter geben und damit eine Devisenzuwiderhandlung . . . begehen wird, und wenn er die Zahlungsmittel gerade deshalb dem anderen aushändigt, weil er will, daß der Empfänger sie einem Ausländer in einer devisenrechtlich strafbaren Weise zukommen lasse": RG 70, 89 unter Hinweis auf die Besonderheit des Devisenrechts.

Auch hier zeigt sich dieselbe Erscheinung, die wir schon so oft feststellen konnten: Die Ausweitung der strafrechtlichen Begriffe ins Tatsächliche, um von den rechtlichen Konstruktionen und Formungen unabhängig zu werden; „eine Begünstigung im Rechtssinne" (!) ist nicht erforderlich. Gewiß wird die Entscheidung in diesem Sinne hier durch die vorwiegend tatsächliche Natur des Begriffs „aushändigen" sehr erleichtert. Daß es sich aber um eine grundsätzliche Methodenfrage handelt, daß — wiederum über die Bedeutung dieses Einzelfalls hinaus — zwei verschiedene Grundauffassungen miteinander ringen, das beweist die Anmerkung von Turowski[71]), in der er nur das Ergebnis, nicht aber die Begründung dieser Entscheidung billigt: Die Aushändigung müsse dem Ausländer auch „rechtlich" zugutekommen, seine „Rechtslage" müsse geändert werden[72]). Wegen der großen „Gefahr der Rechtsunsicherheit" erscheine es bedenklich, die Begriffe des Devisenrechts, „die sich an das bürgerliche Recht anlehnen im Hinblick auf das Strafrecht auszuweiten". Daß wir demgegenüber die tatsächliche Betrachtungsweise aus grundsätzlichen Erwägungen für richtiger halten und es begrüßen, daß sie, wenn auch in ganz beschränktem Umfang, auf devisenrechtlichem Gebiet[73]) so zur Anerkennung gelangt ist, bedarf keiner weiteren Begründung mehr. Ob im übrigen die streng zivilrechtliche Betrachtungsweise des RG oder die von den maßgebenden Sachbearbeitern der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung vertretene weitgehende Unzulässigkeit entsprechender Gesetzesanwendung im-

71) zu diesem Urteil JW 1936, 1051.

72) So Turowski aaO. und die herrschende Lehre im Schrifttum; sie sei auch im konkreten Fall geändert worden, so daß man auf wirtschaftlich-tatsächliche Gesichtspunkte nicht hätte abzustellen brauchen, vielmehr ohnedies eine Begünstigung im Rechtssinne feststellen können. — Gerade deshalb ist die Entscheidung für uns wichtig und wertvoll. — Vgl. neuerdings RG HRR 1937, Nr. 1363 und Thiele JW 1938, 722 mit Rechtsprechung.

73) dessen Besonderheit wir durchaus anerkennen wollen.

mer zu Ergebnissen führt, die zwar im Interesse der Rechtssicherheit liegen, aber auch vom Standpunkt einer wirksamen Bekämpfung der Devisenschiebungen noch tragbar erscheinen, muß abgewartet werden. Gewiß können durch die ständige Ergänzung und Vervollständigung der devisenrechtlichen Vorschriften, wie wir sie in den letzten Jahren erlebt haben, unliebsame Lücken — als Folgen (!) dieser zivilrechtlichen Betrachtungsweise — durch weitere kasuistische Regelungen ausgemerzt werden[74]). Voraussichtlich wird aber auch hier die positivistische Handhabung zivilrechtlicher, scharf geschliffener Rechtsbegriffe durch eine — sich natürlich in vernünftigen Grenzen haltende — Ausweitung der Begriffe im wirtschaftlich-tatsächlichen Sinn zum mindesten ergänzt werden müssen, und zwar auf einem Wege, wie er vom RG 70, 88 bereits erfolgversprechend beschritten worden ist.

Dies gilt insbesondere auch für die Auslegung des Begriffs „Verfügung", der — ähnlich wie in der früheren Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten — bisher im zivilistisch-technischen Sinn aufgefaßt wird[75]). Die Folge davon ist, daß die Hingabe eines Betrags als Kreditgewährung (also nicht als Bewirkung einer Leistung auf eine Sperrforderung), die aber mit der Forderung insofern in Verbindung stand, als der Kreditgeber (Schuldner) sich infolge des Vorhandenseins der Forderung hinsichtlich des Kredits gesichert glaubte, strafrechtlich nicht erfaßt werden kann[76]), „selbst wenn dadurch wirtschaftlich (!) bereits ein Teil der Forderung (des Sperrguthabens) dem wahren Gläubiger zugute kam":

„Es bestand hier nur eine tatsächliche Beziehung zwischen dem Sperrguthaben und der Hingabe des Kredits. Diese reicht aber für sich nicht aus, um in der Annahme eines Kredits eine Verfügung i. S. des § 20 Abs. 1 DevG zu erblicken . . . Die diesen Erfolg herbeiführenden Maßnahmen, können nicht schon wegen dieses Erfolgs als Verfügung . . . angesehen werden . . . Eine derartige Ausdehnung des Verfügungsbegriffs ist nicht angängig": RG JW 1936, 3514.

Damit sind wir auch hier bei der Entscheidungsfrage angelangt, vor die sich die Rechtsprechung zum allgemeinen Strafrecht so oft gestellt sah; und wenn sie hier abweichend von den erwähnten zahlreichen Beispielen der rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise den Vorzug gegeben hat vor der spezifisch strafrechtlich-tatsächlichen, so kann dies allenfalls damit gerechtfertigt werden, daß der Gesetzgeber selbst die so naheliegende Auswei-

74) Darin liegt die Kehrseite des Problems der „Rechtssicherheit" im Devisenstrafrecht. In gleichem Maße wäre dies auf dem Gebiet des allgemeinen Strafrechts unmöglich.

75) vgl. RG JW 1936, 3514: „Der Begriff der Verfügung hat im Devisengesetz „an sich" (?) dieselbe Bedeutung wie im allgemeinen bürgerlichen Recht." Vgl. auch RG JW 1936, 2552.

76) wenn wir von dem letzten Ausweg absehen, daß eine genehmigungsbedürftige Krediteinräumung an einen Ausländer und die ungenehmigte Aushändigung von Zahlungsmitteln zu dessen Gunsten an einen Inländer vorliegen kann.

tung der Begriffe im wirtschaftlichen Sinn nicht durchgeführt sehen und die nicht ganz unbedenklichen Folgerungen aus dieser Auslegungsmethodik aus besonderen devisenrechtlichen Gründen bewußt in Kauf nehmen oder durch kasuistische Gesetzesergänzungen verhindern will. Da es uns weniger auf die Entscheidung im Einzelfall als auf die Aufzeigung des Methodengegensatzes ankommt, könnten auch wir uns mit dieser Erwägung zufrieden geben, ohne die grundsätzliche Bevorzugung der spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise auf dem Gebiet des allgemeinen Strafrechts einschränken zu müssen[77]).

Die neueste Entwicklung der Rechtsprechung[78]) bestätigt unsere Behauptung, daß sich die bisher noch vertretene Bindung des Strafrechts an das Zivilrecht auf die Dauer selbst auf dem Gebiet des Devisenrechts nicht aufrechterhalten läßt. Auch der Begriff der „Verfügung" ist nun über seine privatrechtliche Bedeutung hinaus erweitert worden. Nachdem dies zunächst, wie die Ausführungen von Schulz (JW 1937, 2940 mit Rechtsprechung) beweisen, noch sehr vorsichtig und in starker Anlehnung ans BGB erfolgte, und nachdem man sich zeitweilig bemühte, die durch die zivilrechtliche Auslegungsmethode veranlaßten Gesetzeslücken mit Hilfe des § 2 StGB zu schließen (RG JW 1937, 2966 mit Anmerkung von Turowski), dürfte seit der Entscheidung RG JW 1938, 520 und ihrer Besprechung durch Berghold kein begründeter Zweifel mehr darüber möglich sein, daß heute—und zwar in erster Linie durch die fortschrittliche Rechtsprechung des RG — auch die Emanzipation des devisenrechtlichen Verfügungsbegriffs von den bisherigen zivilrechtlichen Fesseln abgeschlossen ist — ein nachträglicher, aber nicht minder wichtiger Beweis für die Richtigkeit unserer Ausgangsthese.

E. Zusammenfassung der in der Rechtsprechung anerkannten grundsätzlichen Gesichtspunkte für die Emanzipation des Strafrechts.

1. Damit haben wir die Übersicht über die Rechtsprechung und die Darstellung der von ihr behandelten einzelnen Auswirkungen des begrifflichen und dogmatischen Verhältnisses zwischen Zivil- und Strafrecht abgeschlossen. Wie man sich auch zu den — nicht einheitlich zu beurteilenden — Entscheidungen des RG im einzelnen stellen mag, darüber

77) Nicht unerwähnt bleiben soll jedoch, daß das KG sich schon früher (JW 1936, 2337) — allerdings in einem Zivilrechtsfall — auch im Devisenrecht zu einer ausdehnenden Auslegung des Verfügungsbegriffs veranlaßt gesehen und auch die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft nach dem Umwandlungsgesetz sowie die Fusion der Gesellschaft der Verfügung gleichbehandelt hat, obwohl sie „streng genommen nicht darunter fällt". Vgl. dieser Ausweitung des Verfügungsbegriffs zustimmend Berghold (aaO.), da das DevGes. sich für die Rechtsfolge (Wirkung) interessiere, lediglich sie ausschließen, nicht dagegen eine Verfügung verhindern wolle. — Die Verschiedenheit der Auslegungsmethoden tritt auch hier klar in Erscheinung.

78) die hier nur kurz nachgetragen werden kann. Näheres jetzt bei Werneburg GS 111, 222.

dürfte wohl kein Zweifel möglich sein, daß sich in weitgehendem Maße eine besondere Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik, eine spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise gerade bezüglich derjenigen Begriffe durchgesetzt hat, die angeblich aus dem Zivilrecht und den sonstigen außerstrafrechtlichen Gebieten entlehnt sind und aus deren gleichlautender Bezeichnung früher die begriffliche Abhängigkeit des Strafrechts hergeleitet zu werden pflegte[1]). Diese Bindung an außerstrafrechtliche Gedankengänge, die heute als positivistische Begriffsfessel, als Lieblingskind des rechtsstaatlichen Liberalismus erkannt ist, hat die Rechtsprechung grundsätzlich, d. h. in methodischer Hinsicht überwunden. Es ist das große Verdienst des RG, durch eine jahrzehntelange, methodisch im wesentlichen gleich ausgerichtete Rechtsprechung eine den besonderen Aufgaben des Strafrechts entsprechende Betrachtungsweise ausgebildet zu haben, die als tatsächliche, d. h. spezifisch strafrechtliche bezeichnet und mit der bekannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Steuerrechts auf eine Stufe gestellt werden darf, dieser jedenfalls — obwohl weniger beachtet — an grundsätzlicher Bedeutung nicht nachsteht. Diese Betrachtungsweise gilt selbstverständlich für das gesamte Gebiet des Strafrechts; ihre Anwendung aber stieß gerade bei den scheinbar aus anderen Gebieten entlehnten, scharf geschliffenen Rechtsbegriffen auf Schwierigkeiten. Gerade dort mußte sie sich bewähren und durchsetzen, wenn mit der Durchführung des Grundsatzes Ernst gemacht werden sollte: „Eine nicht am Wortlaut haftende, zweckgerichtete Rechtsprechung wird vom Volksempfinden heute nachdrücklich gefordert" (RG 67, 294). Heute ist die sachlich gebotene Emanzipation des Strafrechts jedenfalls in der Rechtsprechung weitgehend erreicht, oft sogar als methodisches Ziel anerkannt. Gerade die Praxis hat den theoretisch leicht zu bejahenden, im Einzelfall aber meist mißachteten Grundsatz, daß die Einheit der Rechtsordnung nicht in der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe, sondern auf höherer Ebene zu suchen und zu verwirklichen sei, in zahlreichen Einzelfällen beherzigt; und es ist kein Zufall, wenn gerade für das Gebiet des Strafrechts sich schon früh die Erkenntnis durchzusetzen begann, daß selbst innerhalb desselben Gesetzes nicht notwendig ein einheitlicher Sprachgebrauch angenommen werden dürfe. Auf diese Weise hat die Rechtsprechung — man muß schon sagen: jeweils gegen die fast einhellige Meinung des Schrifttums — dem Strafrecht wieder die ihm gebührende primäre Stellung im Rechtssystem zurückerobert und den Kampf gegen Positivismus und abstraktes Rechtsdenken in Allgemeinbegriffen zugunsten der Berücksichtigung der konkreten Ordnung des tatsächlichen Lebens bereits zu einer Zeit eröffnet, in der in der Rechtslehre das zivilistische Denken noch allgemein Triumphe feierte[2]).

1) wie dies der herrschenden Lehre von der Natur des Strafrechts als eines bloß sekundären, akzessorischen Schutzrechts auch am besten entsprach.

2) In der folgenden Zusammenfassung der grundsätzlichen Gesichtspunkte für die Emanzipation des Strafrechts, die wir ausschließlich der Rechtsprechung entneh-

2. Wenn wir nun — der gestellten Aufgabe gemäß — versuchen, aus der Vielzahl der Entscheidungen bestimmte Richtlinien und Erkenntnisse allgemeiner und grundsätzlicher Natur herzuleiten, um uns über das Wesen und die Entwicklung dieser spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise rückblickend klar zu werden, so verkennen wir nicht die große Gefahr vorschneller Verallgemeinerung, die sich ohne weiteres daraus ergibt, daß die Begründung jeweils nur für einen bestimmten Einzelfall gedacht und ihre Bedeutung auf ihn beschränkt ist. Gleichwohl können wir uns nicht mit der Feststellung begnügen, daß die Strafgesetze — ohne engherziges Haften am Wortlaut — nach ihren strafpolitischen Grundgedanken sinngemäß auszulegen[3]) und hierbei Wortlaut, Rechtssprachgebrauch, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck des Gesetzes sowie der Zusammenhang mit den übrigen gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen zu berücksichtigen sind (RG 67, 294). Gewiß bedeutet die daraus folgende Möglichkeit, zu Abweichungen vom gewöhnlichen Rechtssprachgebrauch zu gelangen, gegenüber dem ausschließlich zivilrechtlichen Denken schon einen großen Fortschritt. Trotzdem aber erscheint es angebracht und notwendig, die Gesamtentwicklung unserer Fragestellung nach der Emanzipation der vom Strafgesetz angeblich entlehnten Begriffe und der Verselbständigung des strafrechtlichen Denkens überhaupt nochmals rückblickend zu überschauen und daraus methodologische Erkenntnisse zu gewinnen, die nicht den Einwand einer unzulässigen Verallgemeinerung zu fürchten brauchen und auch in gleicher Weise wie bisher für die Auslegung des neuen Strafrechts Geltung beanspruchen dürfen. Dies aber erscheint deshalb besonders wichtig, weil die Emanzipation des Strafrechts mit der Erkenntnis ihrer Notwendigkeit keineswegs bereits gelöst ist, sondern die strafrechtliche Dogmatik auch in Zukunft noch vor große und nicht leichte Aufgaben stellen wird. Die begriffliche Bindung des neuen Strafrechts an außerstrafrechtliche Rechtsgebiete erscheint insbesondere bedenklich, solange auf diesen Gebieten die Rechtserneuerung noch nicht durchgeführt worden ist.

3. Erleichtert wurde die sachlich gebotene Verselbständiugng des Strafrechts und seiner Begriffsbildung zunächst durch die historische Entwicklung, d. h. durch die frühere Uneinheitlichkeit der verschiedenen Landesprivatrechte, insbesondere durch die Erkenntnis, daß die Bindung an die jeweilige privatrechtliche Regelung die erstrebte Einheitlichkeit der strafrechtlichen Begriffe im Herrschaftsbereich des StGB in Frage stellen und vereiteln würde. Gerade im Hinblick auf den Mangel sonstiger Anhaltspunkte und auf das früher allmächtige Dogma von der begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts kann dieses historische Argument in seiner Bedeutung nicht hoch genug eingeschätzt werden, zumal gegen die stets mehr Anhänger gewinnende Auffassung von der Einheitlichkeit gleichlautender Rechtsbegriffe vom Standpunkt der damaligen Rechtslehre im übrigen nur noch wenig eingewendet werden konnte. Unter diesen Umständen war es von großem Wert, daß der Hinweis auf die frühere Rechtszersplitterung den Weg freimachte für eine teleologisch ausgerichtete Betrachtungsweise und so die Emanzipation des Strafrechts, die schon früh in Erscheinung trat und sich offensichtlich auch allein durchgesetzt hätte, wesentlich erleichterte. Denn damit ließ sich jedenfalls weitgehend der Beweis führen, daß die strafrechtlichen Begriffe zum mindesten ursprünglich völlig selbständig und unabhängig gewesen waren, wie dies vereinzelt noch in den besonderen Definitionen des StGB zum Ausdruck kommt. Daran ist auch mit der Einführung eines einheitlichen Zivilrechts durch das BGB nichts geändert worden. Die grundsätzliche Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffe blieb, wie das RG mehrfach feststellte, hierdurch unberührt[4]). Insbesondere auch das EGBGB hat, wie gezeigt, über die Regelung in Art. 34 EG hinaus „keineswegs im allgemeinen eine Übereinstimmung zwischen den Begriffen des StGB und denen des BGB herbeiführen wollen" (RG 41, 386), sondern die Anpassung auf spätere Reformarbeiten verschoben. Andererseits enthält Art. 4 EG, der in Verbindung mit der Begründung zum EG auf die entscheidende Frage hinweist, ob das StGB einen selbständigen Begriff habe einführen oder auf das jeweils geltende Privatrecht verweisen wollen, durchaus die richtige Problemstellung, die immerhin wichtig ist, obwohl sie die Frage nicht löst, sondern in der geänderten Form, ob eine sog. echte Verweisung des Strafgesetzes vorliegt oder nicht, erneut stellt. Gegenüber der damals ständig wachsenden Macht des zivilistisch-positivischen Rechtsdenkens und seiner rechtspolitisch bedingten Vormachtstellung erwies sich der Hinweis auf die so hergeleitete Unabhängigkeit des Strafrechts von den verschiedenen Landesprivatrechten zum mindesten als brauchbares Hilfsmittel, um die aus der Gleichheit der Bezeichnung ohne weiteres hergeleitete Vermutung für die Identität der „entlehnten" Begriffe einzuschränken, wenn nicht gar zu zerstören. Er hätte jedenfalls bei richtiger Betrachtung dort, wo vernünftigerweise Zweifel an der Zweckmäßigkeit der begrifflichen Bindung des Strafrechts möglich und aufgetaucht waren, gewissermaßen zu einer „Umkehrung der Beweislast" führen und für die Bejahung der Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht eine besondere, über den Hinweis auf die gleichlautende Bezeichnung hinausgehende Begründung erforderlich machen müssen[5]).

men, sind nur die wichtigsten Entscheidungen des RG nochmals besonders angeführt. Im übrigen wird auf die ausführliche Darstellung der Rechtsprechung im einzelnen verwiesen.

3) Dieser Grundsatz wird im neuen Strafrecht ausdrücklich anerkannt werden.

4) vgl. z. B. RG 34, 420 für den Begriff der Verwandtschaft.

5) wie sie z. B. für das Merkmal „fremd", wenn auch heute nicht mehr ganz überzeugend, gegeben worden ist. Die häufig wiederkehrende Begründung, daß es sich um den Schutz eines zivilrechtlichen Verhältnisses handele, ist deshalb mit Vorsicht aufzunehmen, weil sie die Frage offen läßt und meist übergeht, wann das

Hierzu war um so mehr Grund vorhanden, als Artikel 33 EGBGB die richtige Auffassung von der Unabhängigkeit des Strafrechts in bemerkenswerter Weise bestätigt hatte. Durch die bewußte Nichterwähnung des StGB unter den dort aufgeführten Gesetzen wurde die Verschiedenheit des strafrechtlichen und zivilrechtlichen Begriffs der Verwandtschaft und Schwägerschaft so gut wie ausdrücklich anerkannt und die Emanzipation des Strafrechts an einer Stelle betont, wo man sie am wenigsten erwartet hätte. Gerade die in der Formulierung, daß „man zivilrechtlich verwandt und strafrechtlich nicht verwandt sein könne", liegende Übertreibung eines sachlich nicht bestreitbaren Ergebnisses hätte in Verbindung mit einer verständnisvollen Würdigung der historischen Entwicklung zur Vorsicht mahnen und zur richtigen Betrachtungsweise führen müssen[6]). Darüber hinaus hätte der von den Motiven zum EGBGB erwähnte „vorteilhafte Einfluß" des Art. 33 auf die Handhabung des Art. 4 Anlaß geben müssen, im Wege der Auslegung auch bei anderen Begriffen zu demselben Ergebnis einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildung zu gelangen; und zwar umso mehr, als Art. 33 EG „nur eine Anerkennung der für die genannten Rechtsgebiete bestehenden Verschiedenheit der Sachlage enthält" (RG 56, 428), also gewissermaßen nur bestätigende, nicht konstitutive Bedeutung hat und deshalb auch für andere Begriffe — ohne diese positivistische Stütze — aus der historischen Entwicklung Folgerungen zugunsten einer begrifflichen Verselbständigung des Strafrechts zuläßt. Mit Recht hat das RG wiederholt, namentlich bei der Auslegung familienrechtlicher Begriffe i. S. des § 52 Abs. 2 StGB und sogar in neuerer Zeit (RG 60, 247; 62, 116) auf Art. 33 EG zurückgegriffen, so daß diese Bestimmung in der Tat als wertvoller Anhaltspunkt für die richtige Lösung unserer Fragestellung bezeichnet werden darf, obwohl die Autonomie des Strafrechts offensichtlich auch ohne sie erreicht worden wäre.

4. Das beweist am besten die Ausbreitung der Emanzipation auf die übrigen Begriffe, bei der die Beweisführung an Hand der Bestimmungen des EGBGB und der historischen Entwicklung immer mehr in den Hintergrund trat; in demselben Maße, in dem das zivilistische Denken das Dogma von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe betonte, wurden von strafrechtlicher Seite teleologische Gesichtspunkte in die Wagschale geworfen, ohne damit jedoch auf die Unterstützung durch sonstige, sich aus dem Einzelfall ergebende, mehr oder weniger überzeugende Beweisgründe zu verzichten. Hierzu kann u. a. der Hinweis gerechnet werden, daß es sich bei manchen Begriffen, wie z. B. bei dem des Besitzes (Gewahrsams), um solche handele, denen „zwar vom bürgerlichen Recht gewisse rechtliche

StGB gerade ein zivilrechtliches Verhältnis in seiner juristisch-technischen Bedeutung schützen will; von RG 34, 254 z. B. gerade für § 242 StGB verneint.

6) Statt so zum Verständnis für diesen „seltsamen Rechtsfall" zu gelangen, wurde gerade umgekehrt die Unabhängigkeit des Strafrechts beanstandet.

Wirkungen beigelegt, die aber doch nicht ein ausschließlich privatrechtliches Institut, sondern an sich und zunächst rein tatsächlicher Natur" (RG 12, 257) und deshalb von den Vorschriften des Zivilrechts unabhängig seien. Diese Beweisführung war selbstverständlich nur in engen Grenzen möglich und ihre Unzulänglichkeit schon früher bei denjenigen Begriffen erkannt worden, die „allerdings nicht ausschließlich dem täglichen Leben angehören, sondern zugleich rechtliche Begriffe darstellen"[7]). Bei ihnen konnten und mußten, wie gezeigt, ausschließlich teleologische Gesichtspunkte zur Durchführung der Emanzipation des Strafrechts verwendet werden. In der Mehrzahl der Fälle, insbesondere bei den angeblich spezifisch zivilrechtlichen Begriffen, wurde in späterer Zeit die Unabhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht ohne weiteres mit der Feststellung eingeleitet, d. h. behauptet und zugleich begründet, es handele sich um einen selbständigen, rein strafrechtlichen Begriff, der trotz seiner zivilrechtlichen Bezeichnung nicht im bürgerlichen Recht wurzele, der deshalb unabhängig von den Begriffsbestimmungen der Privatrechtsordnung lediglich aus dem Strafgesetz selbst nach tatsächlichen Gesichtspunkten zu bestimmen sei[8]). Mit dieser meist autoritativen Erklärung, die naturgemäß von den zahlreichen Anhängern des zivilrechtlichen Denkens im Strafrecht mit rein zivilistischen und deshalb zwar folgerichtigen, aber untauglichen Argumenten bekämpft zu werden pflegte, war die Bindung ans Zivilrecht jeweils beseitigt und einer freieren, zweckentsprechenden Auslegung des Strafgesetzes und der Neuausbildung spezifisch strafrechtlicher Begriffe der Weg geebnet, ohne daß es einer weiteren Auseinandersetzung mit den Lehrmeinungen über die angeblich begriffliche Akzessorietät des Strafrechts bedurft hätte.

5. Diese Methode wird vielmehr durchweg mit dem Hinweis auf den besonderen Sinn und Zweck des jeweils in Betracht kommenden Strafgesetzes oder des Strafrechts schlechthin gerechtfertigt, und gerade dieses klare Bekenntnis zu einer abweichenden Grundauffassung hat die Frontenstellung und damit das Problem selbst erfreulich geklärt. Die teleologisch ermittelten Abweichungen vom Zivilrecht und anderen Rechtsgebieten werden nicht vertuscht oder verkleinert, sondern als notwendige Folgerungen eines allgemeinen Prinzips bewußt betont[9]). So ist z. B. die „erhebliche von wichtigen Folgen begleitete Abweichung des strafrechtlichen Begriffs des Verlöbnisses von seiner zivilrechtlichen Bedeutung . . . mit

7) so z. B. RG 10, 117 für das Verlöbnis; RG 28, 233 früher auch für die Pflegkindschaft.

8) Vgl. RG 61, 230 u. a. insbes. hinsichtlich des strafrechtlichen Bevollmächtigtenbegriffs.

9) Selbst die verschiedentlich festgestellten Abweichungen zwischen StGB und StPO werden wegen der Verschiedenheit der zugrundeliegenden gesetzgeberischen Erwägungen von der Rechtsprechung als notwendig und richtig hingenommen; vgl. z. B. RG 41, 414; 60, 234; 62, 116.

allen ihren rechtlichen Konsequenzen notwendig begründet in der wesentlichen Verschiedenheit der Gründe und der Erwägungen, aus denen das Verlöbnis auf strafrechtlichem Gebiete Berücksichtigung und Schutz verdient, von den für das Zivilrecht maßgebend gewesenen Gesichtspunkten" vorwiegend rechtsgeschäftlicher Natur (RG 35, 50). Gemäß der „besonderen Natur" und den „eigenartigen Aufgaben" des Strafrechts sind diese Begriffe durchaus selbständig zu beurteilen (RG 38, 244). Bürgerlichrechtliche Erwägungen „dürfen nicht ohne weiteres auf das Strafrecht übertragen werden, da für die Auslegung der Strafvorschriften andere Grundsätze gelten müssen als für die Auslegung bürgerlich-rechtlicher Bestimmungen" (RG 68, 270). Abzulehnen ist insbesondere die ebenso falsche wie beliebte Gleichstellung der Rechtsordnung und der Privatrechtsordnung, des Allgemeinen Teils des BGB und der allgemeinen Rechtslehre, sowie die ebenfalls unrichtige Allgemeingültigkeit des bürgerlichen Schuld- und Vermögensrechts. „Daraus, daß die Privatrechtsordnung einen Vermögensschaden nicht anerkennt, folgt noch keineswegs, daß auch der Strafrichter ihn nicht anzuerkennen brauche und daß er gleichfalls berechtigt sei, vor der Tatsache der Vermögensbeschädigung die Augen zu verschließen. Wer das behauptet und in der verschiedenen Behandlung des Schadenstatbestands im Privatrecht einerseits und im Strafrecht andererseits einen Widerspruch erblickt, der verkennt die Verschiedenartigkeit der Aufgabe der beiden Rechtsordnungen":

> *„Die Privatrechtsordnung stellt sich auf dem Gebiet des rechtsgeschäftlichen Verkehrs in den Dienst des Privatwillens. Die Parteien wollen durch ihr rechtsgeschäftliches Handeln einen bestimmten rechtlichen Erfolg verwirklichen, und die Rechtsordnung schützt ihren hierauf gerichteten Willen, sofern er den Gesetzen und den guten Sitten gemäß ist . . . Die Parteien, die einen vom Rechte mißbilligten Erfolg anstreben, müssen sich bewußt sein, daß sie dabei auf eigene Faust wirtschaften; die private Rechtsordnung leiht ihnen keine Hilfe.*
>
> *Etwas anderes aber ist es: den auf einen verbotenen Erfolg abzielenden rechtgeschäftlichen Willen der Partei ohne Hilfe zu lassen und etwas anderes: den durch den rechtswidrigen Willen des Täters hervorgebrachten Verbrechenserfolg ungesühnt zu lassen. Liegt es in den Zielen der bürgerlichen Rechtsordnung, das, was dem Sittengesetz widerspricht, nicht zum Rechte werden zu lassen, so fordert es umgekehrt die Aufgabe des Strafrechts, den in bewußter Auflehnung gegen die öffentliche Rechtsordnung sich kundgebenden verbrecherischen Willen durch das Mittel der Strafe unter das Gesetz zurückzubeugen. Mit rechtsgeschäftlichen Willenskundgebungen und der Herbeiführung rechtsgeschäftlicher Ergebnisse hat es das Strafrecht nicht zu tun. Bestraft wird der nach außen hin in die Erscheinung tretende widerrechtliche Wille . . .": RG 44, 233 ff.*

Diese überaus wichtige und viel zu wenig betonte Erkenntnis kommt nun zwar gewiß nicht überall so deutlich zum Ausdruck, aber schon ihre Anerkennung in Einzelfällen, die für uns die Bedeutung methodischer Beispiele haben, genügt, um die vermeintliche Allgemeingültigkeit des zivilrechtlichen Denkens, insbesondere der Begriffe des BGB, grundsätzlich in Zweifel zu ziehen und für das Gebiet des Strafrechts zu verneinen. Dies gilt selbst dort, wo die Anlehnung des Strafrechts ans Zivilrecht — z. B. auf dem Gebiet des Vermögensrechts oder des Allgemeinen Teils des BGB — nach verbreiteter Auffassung nicht nur unbedenklich, sondern sogar geboten sein soll. Deshalb ist es richtig und von allgemeiner Bedeutung, wenn neuerdings Mezger[10]) darauf aufmerksam macht, daß die sicherlich zutreffende entsprechende Anwendung des § 259 StGB auf die Fälle der sog. Ersatzhehlerei durch spezifisch strafrechtliche Erwägungen begründet werden müsse, daß im Gegensatz zum RG der Grundsatz der Gleichbehandlung des Surrogats nicht — obwohl hier zweifellos sehr naheliegend — aus den formalen Bestimmungen des BGB hergeleitet werden dürfe. „Diese Unabhängigkeit (des Strafrechts von zivilrechtlichen Gesichtspunkten) wird nur erreicht, wenn man nicht den gekünstelten und letzten Endes doch nicht stichhaltigen Umweg über das bürgerliche Recht geht, sondern unmittelbar nach Sinn und Grundgedanken des § 259 StGB entscheidet."

6. Hand in Hand mit dieser methodologischen Erkenntnis — vielleicht als deren wichtigste Folge — geht eine vertiefte Einsicht in die wesensmäßigen[11]) Besonderheiten des Strafrechts, das „in ungleich höherem Grad genötigt ist, auf die . . . tatsächliche Gestaltung der wirklichen Lebensverhältnisse Rücksicht zu nehmen" (RG 56, 428), dessen Eigenart deshalb in der Tat durch den Hinweis Bindings auf „die realistischere Natur des Strafrechts" am besten gekennzeichnet wird. Diese Hinwendung zum Tatsächlichen, die wir in zahlreichen Einzelfällen festgestellt haben, ist der Übergang zum sog. konkreten Ordnungsdenken[12]): Das Recht wird nicht mehr durch die „selbständige Technik abstrakter Begriffsbildung" (Dahm) äußerlich an die Dinge herangetragen, ihnen als

---

10) zu RG ZAkDR 1938, 383.

11) Vgl. in diesem Zusammenhang die Bestrebungen, aus „der Natur und dem Wesen der Sache" Anhaltspunkte für die richtige Entscheidung zu gewinnen; so zuletzt Dahm, ZStrW 57, 265 in Anlehnung an Schönfeld, RG Festgabe II S. 196.

12) Vgl. hierüber neuerdings Mezger ZAkDR 1937, 417: Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken. Gewiß darf auch dieser Gesichtspunkt nicht i. S. eines Schlagworts mißbraucht werden, und auch wir wollen nicht jede Wirklichkeit als konkrete Ordnung bezeichnen. Die Erkenntnis, daß „das Recht immer auch eine verpflichtende Ordnung gegenüber einer der Ordnung widerstrebenden Welt" ist (Mezger), dürfte aber der Berücksichtigung der „tatsächlichen Verhältnisse" in dem geschilderten Umfang und der überragenden Bedeutung der sog. tatsächlichen Betrachtungsweise nicht entgegenstehen. In diesem Sinn glauben wir, zum konkreten Ordnungsdenken einen Beitrag geleistet zu haben, der über die „Aufzeigung des lebendigen Zusammenhangs zwischen Norm und Normenverwirklichung" (Mezger) in der Tat hinausgeht.

begrifflich notwendig aufgezwungen, sondern aus den Dingen, aus der Ordnung der tatsächlichen Wirklichkeit herausgeholt; die Begriffe werden nicht nach allgemeinen Rechtsnormen ausgerichtet, sondern im Wege „nachdenklicher Begriffserfassung" nach den Dingen gestaltet. So entscheidet bei der Verwandtschaft die tatsächliche Abstammung, die Blutsgemeinschaft, beim Verlöbnis die tatsächlich bestehende Interessengemeinschaft, die natürliche Beziehung der künftigen Ehegatten. Bei zahlreichen strafrechtlich relevanten Sondereigenschaften kommt es weniger auf die rechtswirksame Bestellung, auf die reine Rechtsstellung an[13]) als vielmehr auf die tatsächliche Ausübung bestimmter ihr entsprechender Funktionen. Deshalb muß auch bei zivilrechtlicher Nichtigkeit der eine Rechtsstellung begründenden Rechtsverhältnisse sehr oft die tatsächliche Einnahme der Rechtsstellung in strafrechtlicher Hinsicht, insbesondere zur Begründung der hiermit verbundenen strafrechtlichen Pflichten — selbst bei strafmündigen Minderjährigen — genügen. Auch hat es guten Sinn, wenn verschiedene scheinbar zivilrechtliche Begriffe, wie z. B. Ankaufen, Verkaufen, in den §§ 259, 184 StGB durch Unterordnung unter tatsächliche Oberbegriffe des „Ansichbringens, Inverkehrbringens" nach der tatsächlichen Seite hin ausgeweitet, insbesondere ihrer schuldrechtlichen Bedeutung entkleidet werden. Durchweg befaßt sich das Strafrecht nur mit den tatsächlichen Verhältnissen. Dann aber kommt es darauf, wie die rechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen der Beteiligten sich gestalten, nicht mehr entscheidend an; an die Stelle rechtsgeschäftlicher Erwägungen tritt die Beurteilung bestimmter Handlungen nach ihrer „faktischen" Wirkung. So hängt z. B. „die Entscheidung darüber, ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt oder nicht, ausschließlich davon ab, welche tatsächliche, d. h. wirtschaftliche Wirkung der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum auf die Vermögensverhältnisse des Getäuschten ausgeübt hat"[14]). Deshalb fällt auch die Verengerung des „tatsächlichen Machtkreises", in dem jemand die Zwangsvollstreckung dulden muß, unter die Strafbestimmung des § 288 StGB; deshalb ist lediglich die Tatsache der Zahlungseinstellung entscheidend, unabhängig von dem Vorliegen wirklicher Zahlungsunfähigkeit. Der gleichzeitige Verstoß des Verletzten gegen die guten Sitten und seine Schutzunwürdigkeit darf die Bestrafung des in dem Diebstahl oder Betrug gegenüber dem Dieb oder Betrüger liegenden Angriffs auf die Rechtsordnung nicht in Frage stellen. Nur den der zivilrechtlichen Beweisvermutung zugrundeliegenden Tatsachen, nicht der Beweisregel als Rechtssatz, darf beweisender Wert beigelegt werden. Die tatsächliche Vertrauensstellung genügt für die Bestrafung wegen Treubruchs, und maßgebend für die Feststellung der Schuldnereigenschaft ist der wirkliche Sachverhalt, nicht ein damit in Widerspruch stehender äußerer (formaljuristischer) Schein. Für alle diese Beispiele, die unschwer vermehrt werden könnten[15]), gilt der übergeordnete Grundsatz:

„Es wäre unerträglich, wenn eine bürgerlich-rechtliche Unterstellung und eine rechtliche Formung zugunsten des Rechtsbrechers auf die strafrechtlichen Wirkungen Einfluß haben sollte, die auf Grund der tatsächlichen Feststellungen eintreten müßten": RG 68, 366.

7. Durch diese sog. tatsächliche, der besonderen Natur des Strafrechts angepaßte Betrachtungsweise wird die Bedeutung des Zivilrechts keineswegs schlechthin geleugnet, sondern seine Auswirkung lediglich auf das Maß beschränkt, das mit den „eigenartigen Aufgaben" des Strafrechts vereinbar ist. Insbesondere ist dem Zivilrecht durchaus „ein Einfluß insoweit einzuräumen, als seine Bestimmungen geeignet sind, die Begründung eines strafrechtlichen Verhältnisses tatsächlich (!) zu verhindern" (RG 28, 233). Ebenso dürfen „die zum Zwecke der Durchführung der Privatrechtsordnung vom BGB . . . aufgestellten Rechtsgrundsätze . . . nicht schon in ihrer Eigenschaft als bindende Rechtsvorschriften, wohl aber insoweit Beachtung finden, als sie zugleich der Auffassung des Lebens entsprechen, regelmäßige Erscheinungsformen für den natürlichen Zustand der Dinge und den natürlichen Verlauf der Ereignisse wiedergeben, also Erfahrungssätze aussprechen" (RG 50, 184). Dieser natürlichen Auffassung entspricht es, wenn § 856 Abs. 2 BGB vorschreibt, daß durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache der Besitz doch nicht beendet wird (RG aaO.). Ebenso kann das zugrundeliegende Rechtsverhältnis dann, wenn es sich um einen abgeleiteten Gewahrsam handelt, als Mittel der Erkenntnis für die Beurteilung des dadurch geschaffenen tatsächlichen Zustands in Betracht kommen (RG 45, 249). Auch der Anwendung des § 187 Abs. 2 BGB steht nichts entgegen, wenn man davon ausgeht, daß diese Regelung so geschaffen worden ist, weil sie der allgemeinen Auffassung des deutschen Verkehrslebens entspricht (RG 35, 38)[16]). Schließlich muß ein gewisser Einfluß strafrechtsfremder Rechtsgebiete dort zugegeben werden, wo es sich wirklich um allgemeine Rechtsgrundbegriffe handelt[17]). Davon sind aber in methodischer Hinsicht stets diejenigen Fälle zu unterscheiden, bei denen die zivil- und strafrechtliche Regelung nur deshalb übereinstimmt, weil das BGB etwas nachträglich angeordnet hat, was strafrechtlich schon vorher rechtens war (RG 34, 420); und niemals darf

13) Die, wie dargelegt, falls lediglich formell vorhanden, häufig nicht einmal genügt.

14) so RG 44, 230: „Für das Strafrecht kommt es . . . nur auf die tatsächliche Wirkung an."

15) vgl. auch die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Bruns 1931 S. 107 ff.

16) vgl. auch in diesem Zusammenhang, weil methodisch vorbildlich, Wehlitz (JW 1936, 2011) zur Frage der Übertragbarkeit des Begriffs „unverzüglich" i. S. des § 121 BGB auf die Fürsorgepflichtverordnung.

17) Hierzu wäre vielleicht der Begriff der „öffentlichen Urkunde" zu rechnen; vgl. oben S. 245.

eine derartige Übereinstimmung lediglich deshalb angenommen werden, weil bestimmte Begriffe in beiden Rechtsgebieten gleich bezeichnet worden sind. Denn für die strafrechtliche Begriffsbestimmung sind auch dann i. E. andere als zivilistische Erwägungen maßgebend.

8. Wenn auch die positive Inhaltsumschreibung der untersuchten Begriffe außerhalb der gestellten Aufgabe liegt, so können wir doch aus der Vielzahl der erwähnten reichsgerichtlichen Entscheidungen genügend Anhaltspunkte entnehmen für die Feststellung, daß sich die strafrechtliche Begriffsbildung nach ihrer Befreiung von der Bindung an die Rechtsnormen anderer Gebiete vorwiegend von derartigen „tatsächlichen" Erwägungen leiten läßt und in besonderem Maße der konkreten Ordnung des Lebens Rechnung trägt. Durchweg sind die Begriffe nicht im engen juristisch-technischen Sinn zu verstehen, sondern im Anschluß an den allgemeinen Sprachgebrauch des Volkes auszulegen. Wichtiger als die Beachtung der zivilrechtlichen Formen, die erfahrungsgemäß doch nicht immer eingehalten werden, sind z. B. beim Verlöbnis die zugrundeliegenden strafpolitischen Erwägungen, die „nach dem Zweck und der Bedeutung des Verlöbnisses, wie sie diesem nach der allgemeinen Lebensauffassung eigen sind, auf dem Gebiet der natürlichen Empfindung, der allgemeinen Volkssitte und religiöser Gebote gesucht werden müssen, nicht aber innerhalb des Bereichs mehr oder weniger willkürlich erscheinender oder wesentlich durch die größere Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs hervorgerufener positiver Normen" (RG 35, 50) des allgemeinen bürgerlichen Rechts. Für den strafrechtlichen Begriff des Verlöbnisses muß das sittliche Element entscheidend sein. Auch das zur Begründung eines Pflegkindschaftsverhältnisses erforderliche Band bestimmt sich „nach der Auffassung der Sitte und des gemeinen Lebens" (RG JW 1937, 469). Überall im Strafrecht gilt zunächst der Grundsatz: „In der natürlichen Auffassung ist der Ursprung der einfachen Rechtsbegriffe zunächst zu suchen" (RG 32, 179), und „unter Berücksichtigung des natürlichen Wortsinns und des allgemeinen Sprachgebrauchs müssen die Begriffe des StGB[18]) ihrem Sinn entsprechend so aufgefaßt werden, wie sie dem gewöhnlichen Leben am nächsten stehen" (RG 29, 114); denn „die Sprache des Gesetzes ist die des gemeinen deutschen Sprachgebrauchs" (RG 30, 248).

Auf diesen starken Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Begriffsbildung hat bereits Klee in einer besonderen Abhandlung hingewiesen[19]), in der er sich aber vorwiegend mit tatsächlichen Begriffen befaßt, während wir den Nachweis größerer Volkstümlichkeit der strafrechtlichen Gesetzessprache gerade bei den „spezifischen Rechtsbegriffen", die schon in einem bestimmten juristisch-technischen Sinne verbraucht sind, zu führen unternommen und zum mindestens weitgehend auch erbracht

18) Häufig werden sie sogar nur im „figürlichen Sinn" gebraucht (RG 48, 70).
19) RG Festgabe Bd. V S. 72 ff.

haben. Darin liegt die größere Plastik der strafrechtlichen Begriffsbildung, die H. Mayer bereits gefordert und gerade im Strafrecht als notwendig bezeichnet hat[20]). Auch dort, wo das StGB scheinbar juristisch-technische, insbesondere zivilrechtliche, Begriffe verwendet, lehnt es sich in stärkerem Maße als andere Rechtsgebiete unmittelbar an das wirkliche Leben an, und selbst dort, wo es die Begriffe der Laiensprache „juristisch zuschärft"[20]), erfolgt diese aus den Bedürfnissen der Praxis geschöpfte „Begriffserfassung" nach spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkten und in Anlehnung an das natürliche Volksempfinden. Die spezifischen Rechtsbegriffe werden ihrer juristisch-technischen Bedeutung entkleidet, stärker nach den Tatsachen des Lebens ausgerichtet und so neugestaltet. Deshalb ist es einerseits verfehlt, das Ergebnis dieser Entwicklung unter dem Gesichtspunkt eines „geringeren Grades zivilistischer Salonfähigkeit" zu betrachten, andererseits steht die besondere Natur des Strafrechts, die diese Abweichung durchweg rechtfertigt, nicht überall einer Übertragung der so gewonnenen Erkenntnis auf andere Rechtsgebiete und ihrer Auswertung zwingend entgegen. Deshalb wird auch bei der bevorstehenden Erneuerung des Zivilrechts häufig auf das Strafrecht und seine Entwicklung als Vorbild für die Neuregelung bestimmter Fragen zurückgegriffen werden dürfen[21]).

9. Namentlich im Hinblick auf die geschilderten Abweichungen vom BGB und sonstigen außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten hat das RG bei der Mehrzahl der untersuchten Begriffe ihre ursprüngliche Selbständigkeit bejaht und ihre grundsätzliche Verschiedenheit von den gleichlautenden Begriffen des Privatrechts betont. Selbst bei den im praktischen Ergebnis unerheblichen Abweichungen einzelner Begriffe ist die Unabhängigkeit des Strafrechts anerkannt und damit die bereits oben beanstandete Auffassung einer allgemeinen Relativität, d. h. einer bloßen Ungenauigkeit „an sich" allgemeingültiger Rechtsbegriffe, die in den einzelnen Gebieten lediglich gewisse „Abwandlungen" erfahren sollten, ohne ihre grundsätzliche Natur und Herkunft zu ändern, abgelehnt worden. Diese Ansicht, die sich auch bei der Eingruppierung der Begriffe innerhalb der Irrtumsrechtsprechung in die Klasse der strafrechtlichen Begriffe offenbart, entspricht durchaus unserer grundsätzlichen Einstellung und ist ganz zweifellos derjenigen vorzuziehen, die — als Zugeständnis an das Dogma der begrifflichen Akzessorietät — die Begriffe „als privatrechtlich gegeben voraussetzt", ihnen aber „insofern strafrechtlichen Charakter" zubilligt, „als der Grund des Gesetzes jeweils zutreffen muß" (RG 32, 104). Diese zwiespältige Erklärung mag damals gegenüber der weitgehenden begrifflichen Abhängigkeit vom Zivilrecht immerhin einen Fortschritt dargestellt haben; vom Standpunkt der heutigen, aus der neueren Rechtsprechung hergelei-

20) vgl oben S. 78.
21) vgl. oben S. 186 zu Siebert.

teten Erkenntnis muß sie als gefährlich abgelehnt werden, weil sie geeignet ist, die Einsicht in die grundsätzliche Selbständigkeit der strafrechtlichen Begriffsbildung zu verdunkeln. Der Richtigkeit dieser von uns stets befürworteten Auffassung steht der so leicht irreführende Umstand, daß sich in vielen Fällen die zivilrechtliche und strafrechtliche Betrachtungsweise im praktischen Ergebnis nur wenig unterscheiden, nicht entgegen. Gewiß geht sehr oft mit der rechtlichen Formung auch die tatsächliche Gestaltung Hand in Hand — es erschiene auch bedauerlich, wenn es anders wäre —, sodaß mit den zivilrechtlichen Voraussetzungen der Begriffe häufig auch die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Auf Grund dieser Erwägung, die natürlich nicht i. S. einer begrifflichen Abhängigkeit des Strafrechts mißverstanden werden darf, hat das RG sich oft einen bequemen Übergang[22]) von der zivilistischen, zur spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise zu verschaffen gewußt, damit aber gerade den so überaus wichtigen Methodenwechsel weniger sichtbar gemacht. Auch wir bestreiten nicht, daß in sehr vielen Fällen beide Rechtsgebiete im Ergebnis übereinstimmen und die zivilrechtliche und spezifisch strafrechtliche Betrachtung zum gleichen Ziel führen können. Ganz abgesehen aber von den besonders gelagerten Fällen, in denen das BGB dasselbe angeordnet hat, was vorher schon strafrechtlich galt, oder in denen das StGB die begriffsbestimmende Norm enthält, haben wir an Hand zahlreicher Beispiele nachgewiesen, daß sehr oft nur eine spezifisch strafrechtliche, vom zivilrechtlichen Denken abweichende Betrachtungsweise zum richtigen Ziel führt, und es erscheint uns weniger wichtig, näher zu prüfen, welche von ihnen als Regel-, welche als Ausnahmefälle zu bezeichnen wären. Sicher ist jedenfalls, daß die Emanzipation des Strafrechts — zwar sehr häufig, aber — keineswegs nur in den sog. kranken Fällen[23]), zum Ausbruch kommt, in denen rechtliche Formung und tatsächliche Gestaltung auseinandergehen und strafrechtlich natürlich nur die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend sein können. Ebensosehr sind wir davon überzeugt, daß das wahre Wesen der strafrechtlichen Begriffe nur nach diesen Grenzfällen beurteilt werden darf; denn sie bilden den Prüfstein für die Feststellung des Inhalts und der äußersten Tragweite der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale, und nur sie können deshalb für die rechtswissenschaftliche Untersuchung[23]) maßgebend sein. Mag sich das Anwendungsgebiet der gleich-

22) vgl. z. B. RG 61, 230: „Wo in Entscheidungen der Strafsenate zu § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf das Vorliegen einer bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht, sei es auf Grund Auftrags, Gesellschafts-, Werk- oder Dienstvertrags usw. hingewiesen wird, soll damit nur gesagt sein, daß solchenfalls ein Vollmachtsverhältnis i. S. jener Strafvorschrift freilich gegeben sei, nicht aber, daß es für letzteres der bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht bedürfte".

23) i. S. von Ball; vgl. oben S. 139.

24) Während die Gesetzestechnik schon eher und mehr den Regelfällen Rechnung tragen darf. Die Bemerkung von Grünhut (ZStrW 52, 334), daß das Wesen

lautenden zivil- und strafrechtlichen Begriffe auch noch so weitgehend überschneiden, für die Richtigkeit der grundsätzlichen Einstellung sind diese Sonderfälle entscheidend, und sie bestätigen eindringlich die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise[25]). Nur sie führt auch zur sachlich gebotenen Eindeutigkeit der Begriffe, indem sie ihren „Beziehungscharakter" als das entscheidende Kriterium zum Ausdruck bringt[26]). Entsprechende Erwägungen gelten — über das eigentliche Begriffsbildungsproblem hinaus — für die Unabhängigkeit der strafrechtlichen Betrachtungsweise schlechthin, für die Unzulässigkeit der Übertragung allgemeiner zivilistischer Gedankengänge, wie wir sie z. B. bei der Frage der Rückwirkung (Fiktion), der Bösgläubigkeit, der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit und bei anderen Beispielen kennen gelernt haben. Diese Erkenntnis gewinnt gerade dort besondere Bedeutung, wo es sich, wie z. B. bei der Nichtigkeit zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse[27]), um die von anderen Rechtsgebieten abweichende Behandlung eines tatsächlichen Vorgangs durch das Strafrecht handelt.

10. Die sichtbarste Folge dieser Methodik ist zweifellos eine Ausweitung der Begriffe ins Tatsächliche, eine Zurückdrängung ihrer zivilrechtlichen, insbesondere rechtsgeschäftlichen Elemente, ihre strafrechtliche Zurückführung auf ihren tatsächlichen Gehalt in den verschiedensten Beziehungen. Immer wieder taucht der Gesichtspunkt auf, die zivilrechtliche Betrachtungsweise hindere in vielen Fällen die an sich gebotene Bestrafung des Täters, und dementsprechend häufig gipfelt die Beweisführung der reichsgerichtlichen Begründung in der Feststellung: Eine enge juristisch-technische Auslegung würde dem Zweck des Strafgesetzes zuwiderlaufen und kann deshalb nicht gewollt sein. Wenn die Schwenkung der Rechtsprechung des RG von der zivilistischen zur sog. tatsächlichen Betrachtungsweise erst spät erfolgt, wird dies bezeichnenderweise mit dem Eingeständnis begründet, gerade der vorliegende Fall beweise, daß der bisherige Standpunkt der Rechtsprechung zu eng gewesen sei und dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht genügend Rechnung trage[28]). Die Bestrafung darf eben nicht abhängig gemacht werden von mehr oder weniger willkürlich erscheinenden „rechtsgeschäftlichen Formalien", von Zufälligkeiten oder den verschiedenen Möglichkeiten rechtlicher Gestaltung, bei denen die tatsächliche Wirkung doch die gleiche bleibt. Alle diese Gesichts-

strafrechtlicher Begriffe nicht nach ihren Grenzfällen bestimmt werden darf, ist offensichtlich in einem anderen Sinne gemeint.

25) und die grundsätzliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffe, wie sie von der Rechtsprechung des RG stets erkannt und betont worden ist.

26) vgl. hierüber oben S. 116.

27) d. h. also, wo die Rechtsbegriffe an sich identisch sind.

28) vgl. z. B. RG 66, 292 zum Begriff der Verfügung i. S. des § 266 Nr. 2 StGB (a. F.)

punkte sind bereits früher bei der in grundsätzlicher Hinsicht gleich liegenden Frage nach der „gesetzlich erlaubten Steuerumgehung" bewußt zum Problem erhoben und von der wenig positivistisch eingestellten Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs in einer dem Sinn und Zweck der Steuergesetze entsprechenden Weise berücksichtigt worden. Im Strafrecht hat man durch die Zulassung der „entsprechenden Gesetzesanwendung" neuerdings Vorsorge getroffen, daß nicht gerade der gerissenste Verbrecher die Vielgestaltigkeit des Lebens ausnutzt, um durch die Maschen des Gesetzes hindurchzuschlüpfen. Aber auf diese Möglichkeit der Rechtsschöpfung darf erst dann zurückgegriffen werden, wenn selbst mit der weiten Auslegung, wie sie sich als Folge der tatsächlichen Betrachtungsweise ergibt, eine Abhilfe nicht mehr möglich ist. Daß diese selbständige Auslegungsmethode sich zweifellos in erster Linie zuungunsten des Verbrechers auswirkt und ihm formaljuristische Verteidigungsgründe aus der Hand schlägt, ist nach den bisherigen Ausführungen nicht zu bestreiten; und auch damit dient sie den Belangen der Strafrechtspflege, die sich in jüngster Zeit zu einer schärferen Bekämpfung des Verbrechers und zu einer Verfeinerung der Angriffsmethoden aufgerafft hat.

Darüber hinaus muß sich, wie gezeigt, die tatsächliche Betrachtungsweise auch dort auswirken, wo es sich um privilegierende Umstände i. w. S. handelt; denn als eine besondere Methode der Rechtsanwendung, als eine besondere Art des Rechtsdenkens, kann sie naturgemäß nicht auf einzelne, dem Täter ungünstige Tatbestandsmerkmale beschränkt bleiben. Das zeigt sich nicht nur in denjenigen Fällen, in denen trotz Erfüllung der entsprechenden zivilistischen Voraussetzungen die strafrechtlich gleichlautenden Tatbestandsmerkmale als nicht gegeben angesehen wurden, sondern überall dort, wo bestimmte Umstände oder Verhältnisse eine mildere Beurteilung der Tat nach der Auffassung des Gesetzgebers ermöglichen, und wo deren Feststellung nach tatsächlichen Erwägungen zu erfolgen hat[29]). Daß auch bei diesen — vielleicht weniger häufigen — Fällen die von uns vertretene spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise grundsätzlich wichtig und praktisch bedeutsam ist, beweist eine neuere Entscheidung des Landgerichts Hamburg[30]), die wir als methodisches Beispiel für die in Betracht kommenden Fälle und wegen der besonderen Art ihrer Begründung hervorheben. Es handelte sich um ein Strafverfahren wegen Rasseschande gegen einen Halbjuden, für dessen Bestrafung[31]) demgemäß seine Zugehörigkeit zu einer jüdischen Religionsgemeinschaft zur Zeit der Tat entscheidend war. Das Landgericht Hamburg stellte fest, daß er „nach seinen Papieren", d. h. im formal-juristischen Sinn, insbesondere mangels eines

29) vgl. oben S. 92 zu Saunus, der gerade bei Privilegierungen eine vom Zivilrecht abweichende, besondere strafrechtliche Betrachtungsweise für zulässig erachtet.

30) Große Strafkammer vom 17. 6. 1936 — 26/36.

31) Er wurde im Ergebnis aus anderen, subjektiven, Gründen freigesprochen.

rechtlichen Austritts der jüdischen Religionsgemeinschaft auch noch heute angehöre, sich aber tatsächlich von ihr abgewandt habe:

> *Es „hat jedoch keine Bedenken getragen, den Grundsatz der Rechtsprechung im Dritten Reich, den Sachverhalt nicht nach dem Buchstaben, sondern nach der tatsächlichen Lage der Dinge zu beurteilen, auch zugunsten eines Angeklagten zu vertreten."*

„Gerade für die Frage der Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft, die das Gesetz als Indiz für die Zugehörigkeit der 50%igen Mischlinge zur einen oder zur anderen Kategorie herausstellt, kann es nicht auf die formelle Zugehörigkeit ankommen, wenn die festgestellten Tatsachen hier entscheidend entgegenstehen". Da der Angeklagte sich „durch wiederholte Tätigkeit als Missionsschüler in einem evangelischen Missionshaus, mit dem Ziel, als evangelischer Missionar in Missionsgebiete geschickt zu werden, entscheidend von der jüdischen Religionsgemeinschaft abgewandt" hatte, konnte und mußte er nach der sog. tatsächlichen Betrachtungsweise als Arier behandelt werden[32]). Auch hier setzt sich die realistischere Natur des Strafrechts über formal-juristische Konstruktionen hinweg und wirkt sich sogar zugunsten des Täters aus, indem sie die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend berücksichtigt. Damit gelangen auch wir — ähnlich wie Ball[33]) hinsichtlich der von ihm aufgestellten Theorie eines selbständigen Steuerrechtssystems — zu der Feststellung, daß die sog. tatsächliche Betrachtungsweise im Ergebnis und allgemein gesehen, eine gerechtere Handhabung der Strafgesetze ermöglicht, unabhängig von ihrer Auswirkung zugunsten oder zum Nachteil des Täters.

11. In der Aufzeigung dieses Methodengegensatzes und der Darstellung seiner Auswirkungen bestand die wesentlichste Aufgabe unserer Untersuchung, deren Ergebnis auch für das neue Strafrecht von Bedeutung bleiben wird. Gewiß liegt es im Interesse der „Praktikabilität" der Strafrechtspflege[43]), gleichlautende Begriffe möglichst gleichmäßig auszulegen und verschiedene Begriffe auch äußerlich durch eine abweichende Be-

32) Die Entscheidung dürfte zutreffend und auch mit der Rechtsprechung des RG noch vereinbar sein. Danach (vgl. RG 70, 301; 71, 29) ist die Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft zwar stets nach äußeren (objektiven) Merkmalen, nicht nach der inneren Einstellung zur jüdischen Religion, zu beurteilen, und „die Eintragung in die Listen der Synagogengemeinde ist eines solcher Kennzeichen, das regelmäßig für sich allein bereits genügt." (RG JW 1937, 1781; 1938, 1583). In dem Hamburger Fall dürfte jedoch eine — auch vom RG für zulässig erachtete — Ausnahme von dieser Regel durch die geschilderten besonderen Umstände hinreichend begründet sein.

33) vgl. oben S. 140.

34) vgl. hierüber von Gemmingen 1936; denn darüber kann kein Zweifel sein, daß die spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise „höhere Anforderungen" an den Richter stellt. Die Ansicht Boethkes (oben S. 147), daß derartig hohe Fähigkeiten kaum zu finden seien, ist aber offensichtlich übertrieben.

nennung zu kennzeichnen. Deshalb ist die Ausbildung spezifisch strafrechtlicher Eigenbegriffe, wie z. B. des Gewahrsams, selbstverständlich anzustreben und zu fördern, und wir werden später zu zeigen haben, in welchem Umfang der Gesetzgeber — sei es auch nur unbewußt — bei der Neugestaltung des Strafrechts diesen Gesichtspunkten Rechnung getragen und schon von sich aus das neue StGB weitgehend von zivilistischen Begriffsfesseln und Gedankengängen befreit hat. Der Methodengegensatz ist aber damit nicht beseitigt und auch die Fragestellung unserer Arbeit im neuen Recht nicht überholt; vielmehr wird ihre Problematik nach wie vor in zahlreichen Einzelfällen in Erscheinung treten und zu einer Lösung drängen[35]). Deshalb ist es auch in Zukunft unsere Aufgabe, dem Richter den Blick zu schärfen für die Notwendigkeit einer selbständigen spezifisch-strafrechtlichen Betrachtungsweise und ihm hierbei weitere Hilfsmittel an die Hand zu geben als den dann auch gesetzlich anerkannten Grundsatz, daß die Strafgesetze — ohne starre Bindung an den Wortlaut — nach ihren Grundgedanken sinngemäß auszulegen sind. Dies gilt um so mehr, als die Gefahr besteht, daß die große Errungenschaft der Rechtsprechung, nämlich die Ausweitung der strafrechtlichen Begriffe ins Tatsächliche, durch mißbräuchliche Anwendung der Rechtsschöpfung wieder verloren geht, und als andererseits der erwähnte Auslegungsgrundsatz nicht einen dem § 1 Abs. 2 StAnpGes.[36]) entsprechenden Zusatz erhalten hat. Der Strafrichter muß deshalb in Zukunft die Unzulässigkeit einer rechtspolitisch bedingten Zivilisierung des Strafrechts erkennen und den Grundsatz der teleologischen Auslegung der Strafgesetze für diese besondere Problemstellung durch einen Zusatz ergänzen, dessen Tragweite und Bedeutung wir an zahlreichen Entscheidungen des RG nachgewiesen haben, und der inhaltlich (nicht gesetzestechnisch) etwa in folgender Formel zusammenfaßt werden könnte: „Dabei sind der natürliche Sprachgebrauch und — der realistischeren Natur des Strafrechts entsprechend — die Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse[37]) besonders zu berücksichtigen". Gerade nun, nachdem der Gesetzgeber das Seine zur Rechtserneuerung getan hat, wird es die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, den so oft betonten Umschwung des Rechtsdenkens auch durch die Anerkennung und Weiterbildung der von der Rechtsprechung entwickelten spezifisch-strafrechtlichen Betrachtungsweise, d. h. einer besonderen Begriffsbildungs- und

35) Der Gesetzgeber kann sie niemals abschließend regeln und auf die Möglichkeit der Rechtsschöpfung darf, wie bereits mehrfach betont, erst in letzter Linie zurückgegriffen werden.

36) „Die Steuergesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen. Dabei sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen."

37) Ein bemerkenswertes Vorbild aus der neusten Gesetzgebung enthält § 3 der 3. VO z. ReichsbürgG vom 14. 6. 38: „Ein Gewerbebetrieb gilt auch dann als jüdisch, wenn er tatsächlich (!) unter dem beherrschenden Einfluß von Juden steht."

Auslegungsmethodik, in die Tat umzusetzen und rechtstheoretisch zu unterbauen[38]).

38) Die gesamten bisherigen Untersuchungen sind durch die Erwägung veranlaßt, daß es sich bei unserer Problemstellung um eine grundsätzliche, rechtsmethodologische Frage handelt, die durch die Einführung des neuen Strafgesetzbuchs keinesfalls ihre praktische Bedeutung verlieren wird. Im Gegenteil, gerade in Zukunft muß sich die Erkenntnis von der Unzulässigkeit einer „Zivilisierung des Strafrechts" allgemein durchsetzen, müssen die Gesichtspunkte und Richtlinien, die wir aus der langjährigen Rechtsprechung des RG hergeleitet haben, bewußt und stärker berücksichtigt werden. Mögen die Tatbestände des Entwurfs eines Deutschen StGB im einzelnen auch erheblich umgestaltet sein, die Gefahr der höchstbedenklichen Unterwerfung des Strafrechts unter das „Joch des zivilistischen Denkens" bleibt nach wie vor bestehen, ganz abgesehen davon, daß für den Aufbau der Tatbestände weitgehend das bisherige Begriffsmaterial verwendet wird, ja benutzt werden muß, da die erforderlichen spezifisch strafrechtlichen „Eigenbegriffe" noch nicht in genügender Zahl ausgebildet worden sind. Deshalb ist es das letzte Ziel unserer Bemühungen, die einzelnen Auswirkungen des Methodengegensatzes auch im neuen Strafrecht aufzuzeigen und dadurch genauer nachzuweisen, daß die bisher gewonnenen methodischen Ergebnisse auch in Zukunft Anerkennung beanspruchen dürfen, d. h. daß sich an der grundsätzlichen Entscheidung unserer Fragestellung nichts ändern wird. Namentlich im Hinblick auf die Zulassung der Rechtsschöpfung durch entsprechende Gesetzesanwendung muß nochmals betont werden, daß es sich — ungeachtet aller neuen positiv-rechtlichen Anhaltspunkte — um ein Auslegungsproblem, um eine rechtspolitisch bedingte Stellungnahme zu der Frage handelt, ob das Strafrecht sich in die Gefolgschaft des Privatrechts begeben, d. h. sich durch zivilrechtliche Begriffe und Gedankengänge, durch rechtsgeschäftliche Erwägungen knebeln lassen soll oder ob es — schon wegen seines Vorsprungs in der Rechtserneuerung, vor allem aber — wegen seiner „eigenartigen Aufgaben", seiner vom Zivilrecht grundverschiedenen spezifisch strafrechtlichen Zwecke die ihm gebührende begriffliche Unabhängigkeit und dogmatische Selbständigkeit behaupten und verstärken muß.

Die Entscheidung in dem letzteren, hier stets vertretenen Sinn kann u. E. schon nach dem bisher Gesagten nicht mehr zweifelhaft sein, erst recht nicht nach dem Inkrafttreten des neuen Strafrechts. Die Veröffentlichung des diesem Nachweis dienenden dritten Hauptteils der Untersuchung, der sich mit dem begrifflichen Verhältnis des Zivil- und Strafrechts nach dem Entwurf eines deutschen StGB näher beschäftigt, ist bis zur allgemeinen Bekanntgabe des Entwurfs und der amtlichen Begründung zurückgestellt.

Schlußbetrachtung.

Die Bedeutung der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts für die Lehre von den sog. „normativen Tatbestandselementen mit rechtlicher Bewertung".

Bisher haben wir uns — der gestellten Aufgabe entsprechend — hauptsächlich mit der Frage beschäftigt, inwieweit die spezifisch strafrechtliche Betrachtungsweise nach dem besonderen Sinn und Zweck der einzelnen Bestimmungen des StGB zu einer vom Zivilrecht und den sonstigen außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten abweichenden Auslegung der aus ihnen angeblich entlehnten Rechtsbegriffe führt. Dabei sind wir zu dem Ergebnis gelangt, daß die begriffliche und dogmatische Verselbständigung des Strafrechts — jedenfalls von der Rechtsprechung des RG — in überraschend weitem Umfang anerkannt ist, daß insbesondere das Postulat von der Identität der gleichlautenden Begriffe in verschiedenen Gebieten grundsätzlich kein unüberwindliches Hindernis für die strafrechtlich gebotene Entscheidung bilden darf. Wenn wir uns hierbei auch vorwiegend mit dem Nachweis der Unabhängigkeit der strafrechtlichen Begriffe begnügen mußten, ohne auf die Frage ihrer positiven Inhaltsumschreibung i. S. des StGB näher eingehen zu können, so darf doch die allgemeine Feststellung, daß selbst die vom Strafgesetz verwendeten „spezifischen Rechtsbegriffe" gemäß den Grundgedanken der gesetzlichen Bestimmungen weniger nach außerstrafrechtlichen Normen als vielmehr nach dem Sprachgebrauch des Lebens, der natürlichen Volksanschauung und den tatsächlichen Verhältnissen auszulegen sind, als wichtiger Anhaltspunkt für ihre Begriffsbildung in spezifisch strafrechtlichem Sinn bezeichnet werden.

1. Ganz verschieden und streng zu scheiden von dieser Auslegungsfrage nach dem richtigen Inhalt und Umfang der erörterten Begriffe ist die Beurteilung ihrer „logischen Struktur", die psychologische, erkenntnistheoretische Verschiedenheit der jeweiligen richterlichen Tätigkeit[1]), die am deutlichsten in dem bekannten Gegensatz zwischen deskriptiv-kognitiven und normativen Tatbestandselementen, zwischen Erkennen (Feststellen) und Werten in Erscheinung tritt und der wir uns zum Schluß zuwenden wollen[2]). Diese scheinbar rein theoretischen Erwägungen haben einen

1) die selbstverständlich die Beantwortung jener Frage voraussetzt, insofern also mit ihr in Zusammenhang steht; vgl. Schwinge (Methodenstreit) S. 14 Note 27.

2) Auf die Einwendungen gegen die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit dieses Gegensatzes werden wir, soweit sie für unsere Fragestellung von Bedeutung sind, in den folgenden Ausführungen alsbald zurückkommen; dies gilt insbes. für die

praktisch und rechtspolitisch überaus wichtigen Hintergrund, denn sie führen letzten Endes auf die Frage nach der Eindeutigkeit oder „Subjektivität" der Rechtsbegriffe, also auf das Problem der Gesetzesbestimmtheit zurück, das früher gerade im Strafrecht eine entscheidende Rolle gespielt hat, aber auch in Zukunft — wenngleich unter wesentlich geänderten Gesichtspunkten — Bedeutung behalten wird. Der Zusammenhang dieses Fragenkomplexes mit dem unserer Untersuchung zugrundeliegenden Gesichtspunkt der begrifflichen Emanzipation des Strafrechts ergibt sich alsbald aus der Erwägung, daß gerade die sog. „rechtlich normativen Tatbestandselemente", deren Verläßlichkeit i. S. der positivistischen Gesetzesbestimmtheit früher so gelobt worden war, weil sie an den Normen der außerstrafrechtlichen Gesetze eindeutig „abgelesen" werden könnten, nach dem Ergebnis unserer Arbeit jetzt nicht mehr von der Umschreibung oder dem üblichen Sprachgebrauch fremder Rechtsgebiete abhängig, sondern weitgehend selbständig, d. h. lediglich dem Strafgesetz selbst[3]) zu entnehmen sind. Damit taucht die Frage auf, ob und in welcher Weise die geschilderte Emanzipation der strafrechtlichen Begriffe zu einer Änderung ihrer bisherigen Gruppierung innerhalb der Lehre von den normativen Tatbestandselementen führt, die deshalb kurz dargestellt[4]) und unter Berücksichtigung der neugewonnenen Erkenntnisse weitergeführt werden muß[5]).

Über die Zulässigkeit, wenn nicht sogar Notwendigkeit der Verwendung „normativer Tatbestandselemente" ist heute kein Wort mehr zu verlieren. Ihre bewußte Anerkennung und Vermehrung im neuen Strafrecht[6]) versinnbildlicht besonders deutlich die Abkehr von dem formalen Rechtssicherheitsideal des rechtsstaatlichen Liberalismus und den ihm entsprechenden eindeutig umschriebenen Rechtsbegriffen sowie von den früheren Lehrmeinungen, die nicht mit Unrecht in der Entdeckung „normativer", von Eigenwertungen des Richters abhängiger Begriffe eine be-

Rüge, die Lehre von den normativen Tatbestandselementen bleibe „im Formalen" stecken.

3) das sie aber nur in ganz seltenen Fällen ausdrücklich umschreibt.

4) dabei wird auch die Richtigkeit der Eingruppierung überprüft werden müssen, insbes. wegen derjenigen Begriffe, bei denen auch wir die Bindung ans Zivilrecht nicht verneint haben; vgl. z. B. „fremd".

5) Auch wenn wir hierbei ausschließlich den roten Faden unserer Problemstellung verfolgen, wird doch häufig neues Licht auf bestrittene Fragen fallen, die so der Klärung näher gebracht werden; im übrigen wird die Lehre von den normativen Tatbestandselementen als bekannt vorausgesetzt; ihre Entwicklungsgeschichte ist häufig geschildert worden, vgl. z. B. ausführlich Claß aaO. S. 163 ff., Wolf „Typen der Tatbestandsmäßigkeit" S. 55 ff. und „Strafrechtliche Schuldlehre" S. 110 ff.; Mezger Strafrecht S. 190 ff.; Bienenfeld S. 404 ff., derselbe ausführlich über die Kategorie der „Würdigungs- oder Wertungsbegriffe" aus dem Gebiet des Zivilrechts; vgl. ferner auch Welzel S. 67 ff. und die übrigen im Schrifttumsverzeichnis angeführten Abhandlungen.

6) vgl. ausführlich Freisler bei Gürtner (Besonderer Teil) S. 53 ff.

denkliche Unterhöhlung des damaligen Grundpfeilers des Strafrechts, des gesetzlichen Analogieverbots, erblickten. Im Grunde lag es weniger an der „Strukturverschiedenheit" als vielmehr an der damit verbundenen „Unbestimmtheit" dieser Begriffe, daß ihre Untersuchung zu einem strafrechtlichen Problem ersten Ranges erhoben wurde. Denn die bloße Verschiedenheit des psychologischen Vorgangs, der logischen Zergliederung des Erkenntnisprozesses innerhalb der richterlichen Tätigkeit, hätte für sich allein wohl kaum ein derartiges juristisches Interesse beanspruchen können[7]). Alle aus der fehlenden Eindeutigkeit der Begriffe hergeleiteten Bedenken vorwiegend rechtspolitischer Natur[8]) sind heute beseitigt, wie die Verwendung zahlreicher normativer Tatbestandsmerkmale im Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs sinnfällig beweist. Es ist deshalb von Gemmingen nicht zuzugeben, daß jeder neue normative Begriff eine „Niederlage des Gesetzgebers" darstelle[9]), und das Strafrecht wird jedenfalls insoweit nicht zu den „notwendig festen Konturen" zurückkehren müssen; vielmehr ist das Korrelat dieser wertenden Freiheit des Richters in seiner weltanschaulichen Gebundenheit an die Werturteile der Gemeinschaft zu suchen und zu finden[10]).

2. Ausgangspunkt der neueren Lehre von den sog. normativen Tatbestandselementen ist der methodische Gegensatz zwischen Erkennen und Werten, zwischen Tatsachenfeststellung und Tatsachenbewertung, zwischen Seins- und Wertbegriffen[11]). „Normativ" in diesem Sinne, d. h. im Gegensatz zu den deskriptiven Begriffen, ist ein Tatbestandsmerkmal, das nicht lediglich eine erkenntnismäßige kognitive Tätigkeit, sondern ein ergänzendes Werturteil des Richters erfordert, bei dem der Strafgesetzgeber mittels einer Blankettwertung das abschließende Werturteil fremden In-

7) vgl. Steiner aaO. S. 210: „Es kommt für die Frage der Rechtssicherheit nicht so sehr auf den Unterschied der Seins- und Wertbegriffe an als auf die Bestimmtheit oder Mehrdeutigkeit der Begriffe . . ., keineswegs etwa nur der normativen"; von Weber aaO. S. 60: „Die Unbestimmtheit ist dem normativen Tatbestandselement als solchem nicht wesentlich".

8) vgl. z. B. den Leitsatz Nr. 2 des Gutachtens von Foltin aaO. S. 59 ff., daß die „unsicheren Wertbegriffe und Seinsbegriffe im Interesse der Rechtssicherheit soweit möglich zu eleminieren" seien; ferner den mit großer Mehrheit gebilligten Antrag von Hippels auf der Bonner 21. Tagung der IKV 1926 (Mitteilungen S. 19 und 122): „Ausfüllungsbedürftige Wertformeln sind zum Aufbau der Tatbestände — (im Interesse der Rechtssicherheit des loyalen Staatsbürgers) — nur insoweit zu verwerten, als eine schärfere gesetzliche Bestimmung nicht tunlich erscheint", sowie die sich daraus ergebende Aussprache. Anders der Referentenantrag Graf zu Dohnas aaO. S. 19, der aber abgelehnt wurde (S. 139).

9) aaO. S. 47, selbst wenn man berücksichtigt, daß dies „etwas grob gesagt" und offenbar nicht abfällig gemeint ist.

10) vgl. auch Freisler aaO.: „Solche echten normativen Elemente gestalten die Einzeltatbestände zum Leitbild für den Richter; ihre Anwendung ist Ausdruck des Grundsatzes der freien Führung des Richters durch das Gesetz als Erkenntnisquelle des Rechts".

11) vgl. darüber Mezger (Der Sachverständige) S. 84 ff.; Sauer aaO. S. 36 ff.

stanzen überläßt[12]). An dieser ursprünglichen Umschreibung des Gegensatzes durch Mezger ist festzuhalten[13]), um den seit langem vielfältig schillernden Begriff „normativ"[14]) die erforderliche Bestimmtheit zu geben und die damit aufgezeigten äußersten Pole der in ihrer Art jeweils verschiedenen richterlichen Tätigkeit zu unserer Problemstellung in Beziehung setzen zu können. Dabei müssen wir uns allerdings darüber klar sein, daß dieser Gegensatz nicht übertrieben werden darf, daß er insbesondere nicht die Bedeutung behalten hat, die man ihm ursprünglich beimessen zu können glaubte[15]). Da wir jedoch lediglich die Ergebnisse unserer Untersuchung in diesen Gegensatz einordnen wollen — und zwar nicht, um die bisherige Lehre von den normativen Tatbestandselemente grundsätzlich zu ändern oder gar neu aufzubauen[16]), sondern um unsere Fragestellung von einer anderen, immerhin interessanten Seite zu beleuchten, — können wir uns zunächst jedenfalls mit dem „heuristischen Wert" dieser Unterscheidung begnügen und sie — unabhängig von der abschließenden Beurteilung ihrer Richtigkeit und Brauchbarkeit — als Darstellungsmittel benutzen[17]).

12) z. B. böswillig, verächtlichmachen, verunglimpfen, schmähen, unzüchtig, fehlerhaft u. a.

13) vgl. „Vom Sinn . . ." S. 225 ff.

14) der natürlich nicht mit „normativistisch" zu verwechseln ist; vgl. Dahm zu C. Schmitt, ZStaatsWiss. 1935 S. 183 Note 1; Thierfelder aaO. S. 40 ff. Auf die wichtigsten Gesichtspunkte zur Klarstellung dieses Begriffs werden wir im folgenden noch eingehen. Die Unterscheidung Halls (Schweiz. Ztschr. f. StrR. aaO. S. 328 ff.) nach der Person des Wertenden (des Richters, des Täters, des Betroffenen, der Umwelt) ist für den Zweck unserer Untersuchung, die sich lediglich mit der Tätigkeit des Richters beschäftigt, ohne Bedeutung.

15) Für das Vorsatzproblem hat er sich, wie heute wohl anerkannt ist, als unerheblich herausgestellt (vgl. Engisch MonKrimPsych 1930, 117 ff. zu Eichmann; Grünhut, Frank-Festgabe S. 21; Mezger, Strafrecht S. 325 Note 1 bis 3), und für die wichtige Frage, ob „für eine bestimmte Rechtslage (Beweis, Rechtsmittel) der Obersatz oder der Untersatz eines Tatsachenurteils relevant ist" (so Grünhut 1926 aaO. S. 20), besagt er so gut wie nichts, da diese, wie noch zu zeigen sein wird, allgemein bei den „unbestimmten" Begriffen in gleicher Weise auftaucht.

16) Es ist Claß (aaO. S. 181 ff.) durchaus zuzugeben, daß die Unzahl der kaum noch übersehbaren Theorien, Klassifizierungen und Neubildungen auf diesem Gebiet bedenkliche Ausmaße angenommen hat, die keineswegs der praktischen Lösung der Aufgabe dienen.

17) Für die entscheidende Frage, ob die sog. rechtsnormativen Tatbestandselemente im engeren (echten) Sinn normativ sind, also ein echtes Werturteil des Richters erfordern, ist der Streit, ob alle Tatbestandsmerkmale „normativ" in dem weiten Sinne der bloßen „Wertbezogenheit" (Wolf) oder ob sie „deskriptiv" in dem oben geschilderten Sinne Welzels sind, von untergeordneter Bedeutung; ebenfalls erübrigt sich hier eine nähere Stellungnahme zu dem Begriff des Wertes selbst, insbesondere zu der Frage, ob der Akt der Wertung emotional, volitiv zu erfassen ist (so Mezger, Der Sachverständige S. 121 und Drost S. 18), oder ob er nicht als ein Schaffen, sondern als ein Vorfinden, ein Erkennen aufgefaßt werden muß (so Thierfelder aaO. S. 133); vgl. auch Welzel aaO. S. 75; von Gemmingen S. 49 ff.

Die Problematik der vom Strafgesetz angeblich aus anderen Rechtsgebieten entlehnten Begriffe wurde auch bei ihrer Eingruppierung als „rechtlich normative Tatbestandselemente“ [18]) kaum erkannt. Die Einteilungsversuche, die dem Beispiel Mezgers folgend[19]) — aber durchweg in Widerspruch zu der ursprünglichen Umschreibung des Begriffs „normativ“ i. S. eines ergänzenden Werturteils des Richters — die normativen Tatbestandselemente nach dem Normenkreis gliedern wollen, auf den das Strafgesetz verweist, gehen durchweg von der Identität der gleichlautenden, „entlehnten“ Begriffe aus[20]), wie dies der Vorstellung von der Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe und der angeblich begrifflichen Akzessorietät des Strafrechts entsprach. Bei dieser Gruppe der sog. „rechtlichen Wertungsdelikte“, der „Elemente mit rechtlicher Bewertung“ (Mezger), den normativen Tatbestandselementen „spezifisch juristischer Art“ (Grünhut), bei denen es sich um Denkgebilde der positiven Normenordnung, um Kunstgebilde des Rechts handele (vgl. z. B. die Begriffe fremd, Vormund, Beamter, unehelich u. a.), sei die „Sachlage am einfachsten und klarsten“[21]). Denn hier verweise der Strafgesetzgeber auf bestehende rechtliche Wertungen in anderen Rechtsgebieten, auf juristische Begriffe außerstrafrechtlicher Art, und das „Mutterrecht“ gebe eindeutige Auskunft über ihre Inhaltsbestimmung, obwohl sich auch diese „nicht ganz ohne richterliche Eigenwertung“ vollziehe. Gerade weil ihre Wertfüllung so im wesentlichen von Rechtsbegriffen außerstrafrechtlicher Natur abhänge, seien sie deshalb „am ehesten dem Einfluß der Volksanschauung entzogen“[22]).

Schon der Umstand, daß die „Verläßlichkeit“ dieser rein rechtsnormativen Tatbestandselemente vom Standpunkt der Rechtssicherheit im gesetzespositivistischen Sinne so laut gelobt worden ist[23]), hätte Anlaß zu einer sorgfältigen Prüfung geben sollen, ob diese Tatbestandsmerkmale wirklich als „normativ“ im ursprünglichen, echten Sinne bezeichnet werden dürfen, insbesondere wenn man mit Mezger sogar noch eine dritte Zwischengruppe von Begriffen mit „kognitiver Beurteilung“ unterschei-

18) so Beling, Grundzüge 11. Aufl. S. 30; von Weber aaO. spricht von „rechtsnormativen“ Tatbestandselementen.

19) er unterscheidet (aaO.) rechtliche, kulturelle und subjektive Wertungsdelikte; ähnlich gliedert Grünhut (Begriffsbildung) die juristischen Begriffe in faktische, juristisch-normative und allgemein normative Tatbestandsmerkmale.

20) die auch von uns nicht schlechthin verneint, insbes. hinsichtlich des Begriffs „fremd“ bejaht worden ist; insoweit behalten diese Einteilungen auch für unsere Betrachtung unmittelbare Bedeutung.

21) so Mezger aaO. S. 225; sie werden deshalb auch in diesem Zusammenhang stets nur ganz kurz behandelt.

22) Maurach (Volksethik) S. 7.

23) vgl. Foltin aaO. S. 58: „Der Rechtssicherheit wird durch die Verwendung solcher normativen Elemente kein besonderer Abbruch getan“; ähnlich Steiner aaO. S. 212.

det. Dann hätte sich nämlich schon früher herausstellen müssen, daß bei der Inhaltsbestimmung dieser Begriffe an Hand außerstrafrechtlicher Normen von einem ergänzenden Werturteil des Richters nicht die Rede sein kann, und daß die Einteilung nach Normengebieten, denen der Obersatz einer Entscheidung entnommen werden soll, dem Ausgangspunkt der Untersuchung nicht adäquat ist. Denn sie besagt gerade nichts darüber, ob und wie der Obersatz dort umschrieben ist, ob er dort „abgelesen“ werden kann oder ob er eine richterliche Eigenwertung voraussetzt, so daß sich der Richter den Obersatz des Tatsachenurteils erst selbst bilden muß. Es ist offenbar auf das Ansehen der Mezgerschen Darlegungen zurückzuführen, daß die — an sich naheliegenden — Einwendungen in dieser Richtung nur zaghaft geltend gemacht, überwiegend aber zurückgestellt oder nicht aufgegriffen worden sind. Dadurch wurde die Verwirrung in der Rechtslehre, die durch die Feststellung Wolfs, daß alle Begriffe „normativ“ (aber in dem ganz anderen Sinn der Wertbezogenheit) seien, schon erhöht worden war, noch weiter gesteigert: von Weber[24]) „modifizierte“ seine ursprüngliche Ansicht, daß das Merkmal „fremd“ ein rein deskriptiver-kognitiver Begriff sei[25]), im Sinne Mezgers und erblickte in der Bezeichnung einer Sache als „fremd“ das „Ergebnis einer rechtlichen Wertung“, die — wie allgemein bei der Verwendung derartiger „rechtsnormativer“ Tatbestandselemente — „das Prinzip der gesetzlichen Bestimmtheit durchbricht“, mußte jedoch andererseits zugeben, daß es sich hierbei lediglich um „Verweisungen auf andere irgendwo im Gesetz niedergelegte Wertungen . . ., in Wirklichkeit um eine rein technische Vereinfachung des Tatbestandes“ handelt. Gekünstelt ist auch der Versuch Hofmanns[26]), die Einteilung Mezgers und Grünhuts folgerichtig mit der Begründung durchzuführen, in derartigen Fällen der gesetzlichen Verweisung auf „juristisch vorgewertete“ Begriffe erstreckte sich das Werturteil des Richters zwar auch auf „den Oberbegriff, dem er den konkreten Sachverhalt unterzuordnen hat“, jedoch sei das „freie Ermessen hier naturgemäß sehr beschränkt“[27]). Andererseits geht Eichmann[28]) zunächst von der richtigen Erkenntnis aus, daß die große Mehrzahl der Rechtsbegriffe, z. B. Beamter, fremd, u. a. keine Wertungsbegriffe im streng erkenntnistheoretischen Sinn, keine „echten“ normativen Tatbestandselemente

24) aaO. S. 59.

25) Notstandsproblem S. 77 Note 2.

26) aaO. S. 13 ff.

27) Diese Tätigkeit des Richters werde meistens als rechtliche Subsumtion bezeichnet, nicht als richterliches Werturteil; aber man dürfe doch dieser Einteilung folgen, „weil diese spezifisch juristisch normativen Tatbestandselemente tatsächlich eine Zwischenstufe zwischen rein deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen darstellen.“ Ähnlich gliedert Lobe (GS 108 S. 226 ff.) neuerdings diese Begriffe in die Tatbestandsmerkmale mit kognitiver Beurteilung ein, offensichtlich aber ohne die begriffliche Emanzipation des Strafrechts zu berücksichtigen.

28) aaO. S. 9 ff.

seien, weil es sich bei ihnen um ein „reines Seinsurteil ohne Sollenselemente" handele. Er übernimmt jedoch gleichfalls die Einteilung Mezgers, indem er — nicht mehr von dem erkenntnistheoretischen[29]), sondern — von einem anderen, dem praktischen Leben angehörigen Wertungsbegriff ausgeht[30]). Mit Recht hat er sich deshalb aber entgegenhalten lassen müssen, daß gerade die von ihm erwähnten Beispiele aus der Mezgerschen Gruppe der Tatbestandselemente mit rechtlicher Bewertung zu ihrer Feststellung keiner Würdigung bedürften, sich vielmehr mit großer Exaktheit feststellen ließen[31]), und daß der Katalog der von ihm verwendeten Begriffe jeglichen brauchbaren übergeordneten Gesichtspunkt vermissen lasse[32]). Auch Foltin[33]) zählt die rechtlichen „Wertbegriffe", die auf einen anderen Normenkomplex verweisen, zu den „Normativbegriffen", die eine wertende Tätigkeit des Richters erfordern, betont aber andererseits, daß „das Werturteil selbst weitgehend unabhängig von der Person des urteilenden Richters vorausbestimmbar" und deshalb die Normativität dieser Begriffe unbedenklich sei[34]).

Schon nach diesen wenigen Beispielen[35]) kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß es dringend notwendig ist, die widerspruchsvolle Beurteilung der sog. rechtlich-normativen Tatbestandselemente durch eine eindeutige Richtigstellung des Begriffs „normativ" in seiner ursprünglichen und richtigen Bedeutung zu klären und zu ordnen, ihn insbesondere von dem für alle Rechtsbegriffe geltenden Begriff der „Wertbezogenheit"[36]) abzugrenzen. Wenn wir hierbei von den neuen Gesichtspunkten zunächst absehen, die von Wolf und Hegler in die Erörterung eingeführt worden sind, so hat vor allem Wolter[37]) — von der Bedeutung des Begriffs „normativ" i. S. einer ergänzenden richterlichen Eigenwertung ausgehend — die Richtigkeit der üblichen Einteilungen nach dem Vorbild Mezgers und Grünhuts angegriffen und — ganz im Gegensatz zu den allgemeinen Untersuchungen dieser Art, die sich mit den aus anderen Rechtsgebieten entlehnten Begriffen wegen der „Einfachheit der Sachlage" durchweg nur

29) der für das von ihm behandelte Vorsatzproblem ohne Bedeutung sei.

30) Dieser spiele eine Rolle bei dem „Abwägen" oder „Würdigen" . . . der „an ihrer Grenze irgendwie unbestimmten und verschwommenen Begriffe."

31) vgl. Engisch MonKrimPsych 1930, 117 ff.

32) Bienenfeld S. 406 Note 19.

33) aaO. S. 58 ff.

34) „Diese echten Rechtswertbegriffe . . . finden wir in einem anderen Rechtsteil ‚deskriptiv' erfaßt, in Seinsbegriffe aufgelöst" . . . Ihre Einfügung „bedeutet somit nichts anderes als eine Verweisung im Interesse gekürzter Ausdrucksweise".

35) vgl. auch Eb. Schmidt (Lehrb. S. 182 ff.), der „juristische Begriffe" (z. B. fremd) und „kulturelle Wertungen" (z. B. unzüchtig) hinsichtlich des „spezifisch normativen Charakters" insofern gleichstellt, „als beide Begriffsgruppen zu ihrer Feststellung eine wertende Tätigkeit des Richters erfordern."

36) der „Wertgetränktheit" (Wolf), der „Werteingebettetheit" (Thierfelder S. 64).

37) MonKrimPsych 1930, 458 ff.

ganz kurz befassen — den normativen Charakter gerade der „Tatbestandselemente mit rechtlicher Bewertung" bewußt zum Problem erhoben[38]): „Was aber bezweifelt werden kann, ist, daß es sich hier um ‚Rechtswertungen' handelt, um ‚Werturteile', deren Zurückführung auf ihre indizierenden Tatsachen in den Tatbeständen, z. B. des Zivilrechts stattfindet" . . . Es fehlt der „Beweis, daß derartige juristische Begriffe Wertungen sind, und feststellbar ist nur die unleugbare Tatsache, daß der Inhalt dieser Begriffe in anderen Rechtsgebieten ablesbar ist"[39]). Wolter gelangt im Ergebnis[40]) zu einem abweichenden Begriff des „Normativen", den er nicht vom Wertungsstandpunkt aus begreift, sondern unabhängig von Wertungen als eine Verbindung von Wirklichkeits- und Sollenselementen erklärt[41]). „Normativ" in diesem (für uns unbrauchbaren) Sinn bedeute lediglich: „innerhalb der Normenwelt"; derartige „normative" Tatbestandsmerkmale, wie z. B. Eigentum, Ehe u. a. seien also keine Wertungsbegriffe, sondern normative Sinngebilde, „eine neue Fläche der Wirklichkeit" (Znamierowski) und deshalb wie Tatsachen dem Beweisverfahren zugänglich[42]).

3. Die damit gewonnene Erkenntnis, daß die sog. rechtsnormativen Tatbestandselemente kein ergänzendes Werturteil des Richters erfordern, daß dieser vielmehr — ihre Identität mit den gleichlautenden Begriffen außerstrafrechtlicher Rechtsgebiete vorläufig weiterhin unterstellt — den Obersatz der entscheidenden Schlußfolgerung kognitiv anderen Rechtsnormen entnehmen könne, beginnt sich seitdem immer mehr durchzusetzen. So wendet sich auch Finger[43]) gegen ihre Bezeichnung als „normativ", weil sie eine „nur gedanklich erfaßbare Eigenart von Realitäten, etwas Sinnhaftes, das an Realitäten hafte", umschreiben, aber nicht der Wertwelt

38) und zwar in einer Abhandlung, die trotz ihrer bemerkenswerten Beweisführung kaum beachtet worden ist.

39) „Die eigene Sache ist keine bewertete Sache, wie die fremde Sache keine Sinnumkehrung, keine negativ bewertete Sache ist" aaO. S. 462; dasselbe gelte für alle anderen Rechtsbegriffe, z. B. Beamter, Ehe u. a.

40) aaO. S. 465 ff.; auf die Einzelheiten seiner Beweisführung braucht hier nicht eingegangen zu werden.

41) Das Sollenselement wirke konstruktiv, begriffsbildend. Derartige Sollenskonstruktionen, wie Eigentum, Beamter, Ehe u. s. basieren weder auf Rechtswerten, noch gehören sie der reinen Wirklichkeitssphäre an. Wohl aber könnten diese Rechtsverhältnisse, wie die Rechtsprechung zum Betrug und zur üblen Nachrede beweise, wie Tatsachen festgestellt werden.

42) Auch Sauer aaO. S. 602 rechnet sie zu den Tatsachen; sie seien deshalb in ihrer strafrechtlichen Bedeutung „himmelweit verschieden" von der Fällung des rechtlichen Unwerturteils. Vgl. auch Mezger (Sein und Sollen im Recht S. 1): Zum „Sein" = dem objektiv Gegenständlichen gehören selbstverständlich auch die „geistigen Wirklichkeiten".

43) der allerdings die ganze Unterscheidung zwischen normativen und deskriptiven Tatbestandselementen als übertrieben bezeichnet und ablehnt; aaO. S. 460 ff.

angehören, sondern dem immateriellen Sein[44]). Vor allem wird nun in steigendem Maße die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen echter Wertung und bloßer Wertbezogenheit betont; insbesondere Bienenfeld[45]) hat sich mit dieser Abgrenzung beschäftigt und mit Recht die Zusammenfassung „heterogenster Tatbestandsmerkmale zu einer Einheit" unter dem verschwommenen Begriff „normativ" gerügt. „Wertbezogen", d. h. ausgerichtet auf einen Rechtssatzzweck, in diesem Sinn „irgendwie rechtlich relevant", seien alle Tatbestandsmerkmale, ohne daß sie aber deshalb schon den Gegenstand einer wertenden Tätigkeit des Richters darstellen würden. Eine Bewertung des Tatbestands liege vielmehr erst dann vor, wenn zu seiner Relevanz seine negative oder positive Bewertung hinzutritt[46]). Nur dann, wenn der Richter bei wertbezogenen Begriffen außerdem noch den Tatbestand positiv oder negativ bewerten muß, — und zwar nach Wertungsnormen des ungeschriebenen Rechts oder selbständig schöpferisch — handele es sich um ein echtes normatives Tatbestandselement; deshalb hat es „nur Sinn, diesen Ausdruck für die bewertenden unter Ausschluß der bloß wertbezogenen zu reservieren", d. h. also zu der ursprünglich von Mezger umschriebenen spezifischen Bedeutung dieses Begriffs zurückzukehren. Dementsprechend betont auch Thierfelder[47]), es führe zu weit, jeden „rechtlichen" Begriff (i. S. der ersten Gruppe Mezgers), der in den Tatbeständen vorkommt, schlechthin für normativ zu erklären[48]), vielmehr sei es notwendig, unter normativen Tatbestandselementen i. e. S. nur solche zu verstehen, die — anders als die überwiegende Zahl der zu Unrecht sog. rechtsnormativen Begriffe — „ganz für sich losgelöst aus dem Zusammenhang auf einen Wert abstellen"[49]). Zu ihnen sind aber die rechtsnormativen Elemente „mit rechtlicher Bewertung" nicht zu zählen, denn bei ihnen erfolgt die Inhaltsausfüllung rein erkenntnismäßig ohne Bewertungsvorstellungen; hier „handelt es sich um typische Sachverständigenfragen, wo-

44) Auch Drost (S. 20) rechnet mit einer ähnlichen Begründung den Beamtenbegriff zu den bestimmten, feststellbaren Seinsbegriffen.

45) aaO. S. 404 ff.

46) „Die Bezeichnung einer Sache als fremd, einer Person als Beamter . . . dient nicht der Bewertung des Tatbestands, sondern nur seiner Relevanz, die Bezeichnung einer Handlung als unzüchtig, einer Äußerung als ärgerniserregend, einer Sache oder Willenserklärung als fehlerhaft dagegen überdies der Bewertung".

47) aaO. S. 65.

48) „Denn wir greifen in keiner Weise auf Werte zurück, wenn wir von einer Sache sagen, sie sei fremd, von einem Menschen, er sei Vormund, Beamter oder Verwandter . . ."; vielmehr seien gerade diese Begriffe „ausgeprägteste Beispiele deskriptiver Tatbestandsbildung". Ob Thierfelder hierbei die Emanzipation dieser strafrechtlichen (!) Begriffe berücksichtigt, ist trotz seiner Ausführungen in Anmerkung 3 nicht ersichtlich.

49) aaO. S. 67; ebenso neuerdings auch Wolf ZAkDR 1936, 358: „Wenn alle Tatbestandselemente in einem weiteren Sinn, nämlich dem der Wertbezogenheit ‚normativ' sind, müssen die normativen Tatbestandselemente i. e. S. einer ergänzenden Bewertung durch den Richter unterschieden werden."

bei der Berufsrichter kraft seiner Rechtskunde selbst der Sachverständige ist"[50]).

Damit dürfte die richtige Einteilung der normativen Tatbestandselemente „spezifisch juristischer Art" innerhalb des ursprünglichen Gegensatzes „deskriptiv-normativ" für den Zweck unserer Untersuchung zunächst genügend umschrieben sein. Gleichzeitig sind damit bereits die entscheidenden Gesichtspunkte gewonnen für ihre (bisher zurückgestellte) Eingruppierung i. S. der Unterscheidungen von Wolf und Hegler, die schon früher versucht haben, die Bedenken gegen die übliche Gliederung i. S. Mezgers und Grünhuts durch eine bessere Gegenüberstellung zu ersetzen. Namentlich Wolf[51]) hat die Gruppierung der normativen Tatbestandsmerkmale nach dem Normenkreis, auf den sie verweisen, abgelehnt, da die Gliederung nach Wertgebieten den eigentlichen Sinn dieser Begriffskategorien nicht erschließen könne. Wichtiger als die Unterscheidung, welche Wertmaßstäbe der Richter anwendet, sei die Frage, ob er die Werte vom Recht selbst vorgeformt oder ob er nur Wertformeln zur selbständigen Ausfüllung erhalte, d. h. ob es sich um wertgefüllte oder wertausfüllungsbedürftige normative Tatbestandselemente handele. Zu jenen rechnet Wolf „alle Rechtsbegriffe, soweit ihre Auslegung feststeht", aber auch die sog. Kulturbegriffe mit festem Maßstab. Aus diesen Beispielen ergibt sich jedoch, daß Wolf im Grunde nach der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des für die Entscheidung maßgebenden Obersatzes unterscheidet und im übrigen nicht mehr auf „Wert"-Gesichtspunkte abstellt. Denn da bei der Bezeichnung einer Sache als fremd, wie heute überwiegend anerkannt, nicht auf Werte zurückgegriffen wird, geht es auch nicht an, „die in ihrer Auslegung feststehenden" Rechts-(wert-)begriffe deshalb als „wertgefüllt" zu bezeichnen[52]). Mit Recht hat neuerdings Krüger[53]) diesem Einteilungsvorschlag entgegengehalten, daß es nicht auf das Moment der Ausfüllung eines Begriffs durch

50) so zutreffend Freisler aaO. S. 53, der andererseits aber gerade die entscheidende Bedeutung der „echten" normativen Elemente betont. Auch Mezger rechnet in der Festgabe für Maurovic 1934, S. 299 „alle Rechtsbegriffe aus benachbarten Rechtsgebieten" nur zu den normativen Tatbestandselementen im weitesten (!) Sinne des Wortes und stellt ihnen — wenn auch in gemilderter Gegensätzlichkeit — „solche Begriffe gegenüber, die in freierer Weise vom gesetzesanwendenden Richter den Vollzug einer Wertung im Anschluß an bestimmte Lebensnormen der Sitte, Moral, Ethik, Ästhetik usw. oder auch der eigenen Wertung fordern . . .".

51) RG Festgabe Bd. V S. 55 und Typen der Tatbestandsmäßigkeit S. 56 ff.

52) Diese Einwendungen lassen sich auch gegen die — im übrigen durchaus richtig gesehene — Unterscheidung zwischen echten Wertstellungen und bloßen Wertfeststellungen i. S. Heglers (Frank-Festgabe I S. 275 Note 2) geltend machen, der zu den letzteren „alle Rechtsbegriffe aus anderen Gebieten und die kognitiv erfaßbaren Kulturwertbegriffe" rechnet und deshalb ebenfalls, soweit es sich um die Gruppe der rechtsnormativen Tatbestandsmerkmale handelt, den Wertbegriff in einem zu weiten Sinne verwendet.

53) ZStrW 1935, 638 ff.

den Richter ankomme, sondern auf die Art der Ausfüllung. Deshalb seien lediglich die Tatbestandselemente „mit kultureller Bewertung", nur die wirklich „wert"-ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale im echten Sinne normativ, nicht dagegen die aus anderen Rechtsgebieten entlehnten Begriffe „mit rechtlicher Bewertung", deren tatsächliche Voraussetzungen dort kognitiv erfaßt werden könnten[54]). Die Einteilung Wolfs läuft also lediglich auf die Unterscheidung zwischen „*inhaltsgefüllten*" und „*inhaltsausfüllungsbedürftigen*" Begriffen hinaus, mit der somit für die Frage, wie und womit diese Ausfüllung erfolgt, insbesondere ob diese Begriffe eine richterliche Eigenbewertung festgestellter Tatsachen erfordern, nichts gewonnen ist.

Wenn man diese in großen Umrissen geschilderte neuere Entwicklung der Lehre von den normativen Tatbestandselementen überblickt, so drängt sich die Erkenntnis auf, daß der ursprüngliche Gegensatz zwischen kognitiver Feststellung und normativer Bewertung immer mehr an Bedeutung verloren hat und durch andere Gesichtspunkte verdrängt worden ist. Die logische Strukturverschiedenheit der Begriffe und die erkenntnistheoretischen Abweichungen der richterlichen Entscheidungstätigkeit, die ohnehin schon „relativiert" worden und — für sich allein betrachtet — vom juristischen Standpunkt aus von untergeordneter Bedeutung sind, werden eingegliedert in den übergeordneten, praktisch wichtigen Gegensatz der Eindeutigkeit oder Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe, aus dem sie — so betrachtet — lediglich einen Ausschnitt darstellen[55]). Damit aber verlagert sich die Problemstellung auf ein anderes Gebiet und *verändert* sich zugleich in die Frage nach der begrifflichen Freiheit oder Gebundenheit des Richters schlechthin, *des richterlichen Ermessens*. Bereits von Weber, Steiner, Foltin, Finger u. a.[56]) haben wiederholt hervorgehoben, daß die „gefährliche Subjektivität" der Begriffe nicht auf normative Tatbestandselemente beschränkt ist, daß auch Seinsbegriffe unbestimmt, auch deskriptive Tatbestandsmerkmale ausfüllungsbedürftig sein können, und daß die „kognitive" Tätigkeit sich oft auch nicht mit größerer Bestimmtheit vollziehe wie die wertende. Deshalb scheint uns die praktisch wichtige Problematik dieses Fragenkreises am richtigsten und klarsten von Drost[57]) erfaßt und geschildert worden zu sein, der — bei dem Versuch, das Wesen der Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen zu verdeutlichen — sich näher und überzeugend mit dem Gegensatz von Erkennen und Bewerten, Seins-[58]) und Wertbegriffen, Seins- und Werturteilen beschäftigt hat und zu dem Ergebnis gelangt, daß sowohl bei den

54) Diese Abgrenzung entspreche der Unterscheidung Heglers.
55) Beide Gedankenreihen decken sich allerdings nicht ganz, sondern überschneiden sich.
56) aaO.
57) aaO. S. 13 bis 29.
58) Hierzu rechnet Drost auch den Sach-, Beamten- und Zueignungsbegriff.

unbestimmten Seinsbegriffen wie bei den Wertbegriffen — insoweit also unabhängig von der Strukturverschiedenheit der Begriffe — ein weiter Bereich richterlichen Ermessens anzuerkennen sei[59]). Dieses Problem der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe, d. h. sowohl der Seins- als auch der Wertungsbegriffe, überschneidet sich nicht nur mit der Unterscheidung zwischen kognitiver Feststellung und normativer Bewertung, sondern läßt deren praktische Bedeutung weitgehend zurücktreten. Auch die erwähnten Vorschläge von Wolf und Hegler[60]) laufen letzten Endes unverkennbar auf diesen übergeordneten Gegensatz hinaus. Thierfelder[61]) bemüht sich sogar ausdrücklich, die normativen Tatbestandselemente (i. e. S.) in den Gegensatz zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen „sinnhaft einzuordnen", und stellt fest, daß sie im allgemeinen „für ebenso unbestimmt wie die unbestimmten Seinsbegriffe" gehalten würden[62]); und von Gemmingen[63]) weist mit Recht darauf hin, daß die kognitiven Beurteilungsbegriffe den Richter erfahrungsgemäß häufig vor größere Schwierigkeiten bei der Subsumtion stellen als Wertbegriffe. Für die Klärung dieser Fragen aber, die gerade für uns im Hinblick auf die begriffliche Verselbständigung des Strafrechts erhöhte Bedeutung gewinnen, leistet die Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandselementen nichts; insbesondere ist der Einwand von Schnek[64]), daß die Einteilung Grünhuts nach faktischen und normativen Elementen zur Abgrenzung der Unterscheidung, ob für eine bestimmte Rechtslage der Obersatz oder Untersatz eines Tatsachenurteils maßgebend sei, nichts beitrage, als berechtigt anzuerkennen.

Die bisherigen Erörterungen gingen — der Rechtslehre folgend — ohne weiteres und allgemein von der Identität der angeblich aus anderen Rechtsgebieten entlehnten rechtsnormativen Tatbestandselemente aus. Bevor wir diese, in ihrer Allgemeinheit unrichtige, Unterstellung aufgeben und die geschilderte Emanzipation der strafrechtlichen Begriffe auch in diesem Zusammenhang berücksichtigen, erscheint es angebracht, unser bisheriges Ergebnis in einer bestimmten Richtung hin *zu erläutern*, um Mißverständnissen vorzubeugen. Der Grundsatz, daß die Inhaltsumschreibung der Elemente mit „rechtlicher Bewertung" jeweils aus den außerstrafrechtlichen, in Bezug genommenen Normen und Gesetzen „ab-

59) Auch der Hinweis, daß der Richter grundsätzlich keine eigene Wertung vornehmen, sondern die Werturteile der Gemeinschaft feststellen müsse und sich nach ihnen zu richten habe, ist beachtenswert.
60) der sachlich die Ergebnisse von Drost als richtig anerkennt.
61) aaO. S. 71 ff.
61) aaO. S. 71 ff.
62) zu denen er (S. 67) aber auch die Mehrzahl der zu Unrecht sog. „spezifisch rechtlichen Wertungsbegriffe" rechnet.
63) aaO. S. 50 ff.
64) Juristische Blätter 1926, 152.

gelesen" werden könne, daß es sich hierbei nicht um eine echte Wertung, sondern um eine erkenntnismäßige Tätigkeit des rechtskundigen Richters als Sachverständigen handele, trifft zweifellos für die Mehrzahl der von uns untersuchten Rechtsbegriffe zu, insbesondere für solche, die ausschließlich in der Rechtswelt existierende Einrichtungen, wie z. B. Eigentum, Ehe, Vormund, Beamter u. a., also reine Denkgebilde der positiven Normenordnung, Kunstgebilde des Rechts umschreiben[65]). Unsere Fragestellung dagegen geht weiter; sie ist nicht auf Begriffe dieser Art beschränkt, die ausschließlich in der juristischen Sphäre eine Rolle spielen, sondern sie umfaßt auch, wie die Erörterungen über den Begriff der „Sache" beweisen, Gegenstände der realen Erscheinungswelt, die in außerstrafrechtlichen Gesetzen begrifflich erfaßt sind. Nun ist es, wie wir gesehen haben, gewiß notwendig und richtig, beide Arten von Begriffen zu den sog. Seinsbegriffen zu rechnen, da auch die Gebilde der Normenordnung als „neue Fläche der Wirklichkeit" wie Tatsachen feststellbar sind. Aber der bisherige Streit über das Wesen dieser Begriffe innerhalb des Gegensatzes „normativ-deskriptiv" gibt doch Anlaß, unser bisheriges Ergebnis noch genauer zu formulieren und ergänzend zu betonen, daß für die „logische Struktur" der vom Strafgesetz in Bezug genommenen Begriffe nicht die Tatsache ihrer Inhaltsbestimmung in außerstrafrechtlichen Normen an sich, sondern stets nur die Art und Weise der Begriffsumschreibung im einzelnen maßgebend sein kann. Entscheidend für die Wesensbestimmung eines „entlehnten Begriffs" ist also nicht, *daß* er in seinem Heimatrecht, sondern *wie* er dort umschrieben oder geläufig ist. Nach RG 48, 217 stimmt z. B. das von § 240 Nr. 2 KO verwendete Tatbestandsmerkmal „in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechenden Weise" durchaus mit dem Sprachgebrauch des BGB (§§ 586 Abs. 2, 1036 Abs. 2) überein, und trotzdem dürfte kein Zweifel darüber bestehen, daß es sich hier um ein echtes normatives Tatbestandselement handelt[66]). Auch bei echten Verweisungsbegriffen ist also die Bezugnahme auf außerstrafrechtliche Normen als solche keineswegs für das Wesen des Begriffs entscheidend. Dieser — eigentlich selbstverständliche — Gesichtspunkt, der im Schrifttum so gut wie nicht ausdrücklich betont wird[67]), mag hier zur Klarstellung hervorgehoben werden, obwohl er an dem Ergebnis der bisherigen Untersuchung wenig ändert. Denn in den Fällen, in denen auf außerstrafrechtliche Begriffsumschreibungen verwiesen wird, handelt es sich in der Tat um deskriptive Seinsbegriffe, entweder um Denkgebilde der Normenordnung oder um Gegenstände der realen Erscheinungswelt; in den anderen Fällen liegt lediglich eine mehrfache Verwendung desselben normativen Tatbestandselements (i. e. S.) in verschiedenen Rechtsgebieten vor, d. h. von einer Umschreibung in außerstrafrechtlichen Normen kann keine Rede sein; vielmehr ist in beiden Rechtsgebieten dasselbe ergänzende richterliche Werturteil erforderlich. Im Schrifttum wird diese Frage, soweit ersichtlich, wohl nur von Foltin[68]) berührt, der es für „denkbar" bezeichnet, „daß der Gesetzgeber durch einen Rechtswertbegriff auf eine Rechtsnorm hindeutet, die ihrerseits wieder auf einen vom positiven Recht verschiedenen Normenkomplex, wie z. B. die Sitte verweist". In diesen Fällen[69]) gelte dasselbe wie bei den normativen Elementen i. e. S., „die sich aus dem Strafrecht heraus direkt auf außerrechtliche Normen beziehen"[70]). In Wahrheit liegt natürlich eine Verweisung auf Rechtsnormen, eine positiv rechtliche Umschreibung dieser wirklich normativen Begriffe in außerstrafrechtlichen Gebieten durchweg nicht vor, und der Gesichtspunkt der „Weiterverweisung" der vom StGB angeblich in Bezug genommenen Gesetzesbestimmungen stellt sich bald als bedenklich, aber auch entbehrlich heraus, wenn man sich von der verfehlten Vorstellung, daß das Strafrecht nur auf dem begrifflichen Umweg über die Normen anderer Rechtsgebiete die Lebenstatsachen erfassen könne, freigemacht hat.

4. Nachdem wir so die Eingliederung der mit gleichlautenden Begriffen aus anderen Rechtsgebieten übereinstimmenden strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale in die Lehre von den normativen Tatbestandselementen in großen Zügen umrissen haben, müssen wir uns nun der — vom Standpunkt unserer Problemstellung wichtigeren — Frage zuwenden, *inwieweit sich das bisherige Ergebnis ändert*, wenn die unhaltbare Unterstellung der Identität der gleichlautenden Rechtsbegriffe aufgegeben und die Emanzipation der spezifisch strafrechtlichen Begriffe der Beurteilung zugrundegelegt wird[71]). Mit dieser Frage hat sich von einem allgemeineren Standpunkt aus eigentlich nur Wolf

65) Nur sie werden auch im allgemeinen zu der Gruppe der sog. rechtsnormativen Tatbestandselemente gerechnet.

66) Es bildet sogar ein beliebtes Beispiel für die Gruppe der normativen Tatbestandselemente mit kultureller Bewertung. Vgl. Grünhut z. B. aaO. S. 6.

67) Wohl aber mittelbar bei den Einwendungen gegen die Einteilung Mezgers beachtet worden ist; vgl. z. B. Hofmann aaO. S. 14, der hervorhebt, daß es sich bei dem Begriff des Heuervertrags (§ 298 StGB) um eine Verweisung auf einen deskriptiven Seinsbegriff handele.

68) aaO. S. 59.

69) Zu ihnen müßte der Begriff der „guten Sitten" gerechnet werden, wenn die Bemerkung von Dohnanyis (oben S. 264), dieser Begriff sei „dem bürgerlichen Recht entnommen", wörtlich aufgefaßt werden dürfte.

70) Auch die Bemerkung von Kitzinger (Arch. f. R. u. WirtschPhilos. Bd. 20, 472), daß die Gruppe der sog. spezifisch juristisch normativen Tatbestandselemente i. S. Grünhuts wieder aufgelöst werden könne, in faktische und normative Begriffe, läßt diesen Gedanken anklingen.

71) in dem Umfang, wie er oben geschildert worden ist; der normative Charakter dieser verselbständigten Begriffe in dem weiteren Sinn der Wertbezogenheit, wie er in dieser wichtigsten Folge ihrer teleologischen Auslegung in Erscheinung tritt, ist in diesem Zusammenhang ohne Interesse.

näher beschäftigt[72]); er rechnet, wie erwähnt, zu den „wertgefüllten normativen Tatbestandselementen" u. a. „alle Rechtsbegriffe, deren Auslegung feststeht", insbesondere deren Inhaltsumschreibung sich aus ihrem Heimatrecht ohne weiteres ergibt[73]). Bei der Gruppe der „rein strafrechtlich (!) interpretierten Begriffe" dagegen, z. B. der Sache, des Bevollmächtigten, des Beamten[74]), die als solche erstmalig von Wolf in die Erörterung eingeführt wird, ergäben sich Schwierigkeiten. Hier zeige sich, daß „die Wertgefülltheit[75]) eine problematische Sache ist":

> *„Jeder Rechtsbegriff und Kulturbegriff, der Bestandteil eines Strafrechtssatzes wird, erleidet eben schon durch diese Einfügung gewisse Umformungen, Nuancierungen, selbst wo es ausgesprochenermaßen der Sinn des Gesetzgebers war, durch Einfügung dieses Begriffs dem strafrechtlich gewerteten Lebensraum Grenzen zu setzen. Dem Richter ist zwar kein subjektiver Ermessungsspielraum gelassen, er muß den Begriff so auslegen, wie es feststehende Lehre und Judikatur verlangen; aber die originäre Festgelegtheit des Begriffe, des Grenzbegriffs, durch den Gesetzgeber wandelt sich sachte und die endgültige Lebensraumbegrenzung der Wirksamkeit strafrechtlicher Wertung wird auch hier erst im Gerichtssaal und am Schreibtisch des Forschers gezogen."*

Mit diesen Ausführungen, die schon einmal zu grundsätzlichen Erörterungen und Einwendungen Anlaß gegeben haben[76]), und die auch wir schon in anderen Punkten u. E. richtig stellen mußten[77]), ist lediglich — aber wenigstens endlich — die Problemstellung umschrieben, die entscheidende Frage jedoch keineswegs geklärt oder gar gelöst. Zu entnehmen ist ihnen zunächst nur, daß Wolf wohl auch die erwähnten spezifisch strafrechtlichen Begriffe, „soweit ihre Auslegung nach herrschender Lehre und Judikatur feststeht", noch zu den „wertgefüllten" normativen Tatbestandselementen rechnen will[78]). Die Richtigkeit der Entscheidung im Einzelfall braucht

72) Typen der Tatbestandsmäßigkeit S. 55 ff. Auf die ganz vereinzelten Hinweise des Schrifttums werden wir alsbald eingehen. Foltin (aaO. S. 59) streift die Frage nur kurz bei der Gegenüberstellung der Begriffe „Gewahrsam-Besitz" hinsichtlich deren er richtig betont, es sei „gänzlich verfehlt, überall dort, wo innerhalb eines Deliktstypus ein Name erscheint, der auch in anderen Rechtsteilen vorkommt, vom gleichen Namen auf Begriffsgleichheit zu schließen." Irgendwelche Folgerungen für die Lehre von den normativen Tatbestandselementen werden hieraus jedoch nicht gezogen.

73) z. B. Kaufmann, Vormund, minderjährig u. a.

74) die nach herrschender Lehre ohne Rücksicht auf die rechtliche Formung, welche sie durch § 90 BGB, § 164 ff. BGB, § 1 RBG erhalten haben, ausgelegt würden.

75) von der man grundsätzlich bei den aus anderen Rechtsgebieten stammenden Rechtsbegriffen sprechen dürfe.

76) vgl. Welzel aaO. S. 68; dazu oben S. 120.

77) vgl. oben S. 117 zur Frage der „Begriffsnuancierung".

78) Auch das ist nicht unzweifelhaft, da er andererseits gerade den Sachbegriff im Strafrecht als „wertausfüllungsbedürftig" bezeichnet (RG Festgabe Bd. V S. 56); dagegen viele, z. B. Steiner aaO. S. 213: „Wollte man deshalb (weil die Grenze

hier aber nicht weiter verfolgt zu werden, da mit der Wolfschen Unterscheidung zwischen inhaltsgefüllten und inhaltsausfüllungsbedürftigen Begriffen für die Frage nach dem normativen Charakter dieser Tatbestandsmerkmale nichts gewonnen ist[79]). Zu entscheiden bleibt nach wie vor, ob sich an der bisherigen Beurteilung der Wesensstruktur dieser rechtsnormativen Tatbestandselementen dadurch etwas ändert, daß der Strafrichter bei ihrer Auslegung nicht, wie bisher unterstellt, auf außerstrafrechtliche Umschreibungen zurückgreifen, dort ihre Inhaltsumschreibung ablesen kann, sondern eine selbständige teleologische Begriffsbestimmung vornehmen muß[80]); und zur Beantwortung dieser — im Ergebnis zu verneinenden — Frage ist die Kenntnis von der richtigen Inhaltsbestimmung der spezifisch strafrechtlichen Begriffe selbstverständlich von ausschlaggebender Bedeutung.

Es braucht kaum noch besonders hervorgehoben zu werden, daß die Erkenntnis von der begrifflichen Unabhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von außerstrafrechtlichen Normen auch ihrer bisherigen (unrichtigen) Einteilung zur Gruppe der sog. rechtlich-normativen Tatbestandselemente entgegensteht. Wer mit Binding u. a. den vom Strafgesetz verwendeten Begriff des Vermögens im strengen Sinn rechtlicher Normierung auffaßt, kann den Umfang des „rechtlich geschützten Vermögens" ohne weiteres an den Normen der Rechtsordnung, insbesondere des Zivilrechts ablesen; wer dagegen hierunter die Summe der einer Person zur Verfügung stehenden Beziehungen von wirtschaftlichem Wert begreift, der muß ihn einem anderen Normengebiet zuweisen; und in der Tat zählt Mezger[81]) — ohne allerdings die Gegensätzlichkeit der Entscheidung der Vorfrage, ob das Strafrecht begrifflich akzessorisch ist oder nicht, zu betonen — den strafrechtlichen Vermögensbegriff unter den sog. kulturellen Wertungsbegriffen wirtschaftlicher Natur auf. Aber auch hier kann die Einteilung nach Normengebieten in dieser Form nicht befriedigen. Mag die Entscheidung der Frage, ob ein Gut wirtschaftlich zum Vermögen einer Person gehört, auch noch so schwierig sein — auch bei ihrer Beantwortung greifen wir nicht auf Werte zurück, fällt der Richter kein ergänzendes Werturteil i. S. einer echten normativen Bewertung von Tatsachen. Die Art seiner Tätigkeit, die logische Struktur der Begriffe, ist nicht verschieden, ob er nun die Inhaltsbestimmung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs nach rechtlichen oder wirtschaftlichen Gesichtspunkten (Maßstäben)

unmarkant sein kann) hier von einem wertausfüllungsbedürftigen Element sprechen, so gäbe es überhaupt keine anderen."

79) Vom Standpunkt dieser Unterscheidung bereitet die Einordnung der spezifisch strafrechtlichen Begriffe, je nachdem ihre Auslegung feststeht oder nicht, keine besonderen Schwierigkeiten.

80) Selbst in der strafrechtlichen Begriffsbestimmung des Beamten (§ 359 StGB) mußte das Merkmal der „Anstellung" erst im spezifisch strafrechtlichen Sinne ausgeweitet werden.

81) Vom Sinn . . . S. 228.

beurteilt[82]). Von einem anderen Standpunkt aus hat Maurach[83]) versucht, den verselbständigten, spezifisch strafrechtlichen Begriff des Verlöbnisses in die Wolf'sche Lehre von den normativen Tatbestandsmerkmalen einzuordnen, und ihn den „wertausfüllungsbedürftigen" Elementen zugeteilt, weil er auf strafrechtlichem Gebiet, wie gezeigt, nicht nach zivilrechtlichen Vorschriften, sondern nach „der Sitte und der Volksanschauung" auszulegen ist.

Dieser Gedankengang könnte für uns erhöhtes Interesse gewinnen, weil wir diese Wandlung der Auslegungsmethodik, die Ausrichtung der Begriffe weniger nach formaljuristischen, sondern nach natürlich-tatsächlichen, insbesondere sittlichen Gesichtspunkten allgemein als Kennzeichen der Emanzipation der strafrechtlichen Begriffsbildung kennengelernt haben. Aber genügt diese Änderung der Maßstäbe, diese Verweisung auf den allgemeinen natürlichen Sprachgebrauch des Lebens, auf Sitte, Kultur und Volksanschauung schon, um die danach zu beurteilenden Begriffe als „normativ" bezeichnen zu können? Offenbar doch nur i. S. der Einteilung Mezgers nach Normengebieten, der wir uns gerade nicht angeschlossen haben! Auch die Ansicht Maurachs führt also hier nicht weiter; denn gleich, ob man die spezifisch strafrechtlichen Begriffe zu den wertgefüllten oder wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale rechnet (sei es, weil ihre Auslegung feststeht oder nicht, sei es, weil für ihre Inhaltsbestimmung Rechtsnormen oder solche der Sitte und Volksanschauung maßgebend sind), — für die entscheidende Frage, ob sie ein echtes richterliches Werturteil, eine Bewertung von Tatsachen erfordern, ist mit dieser Scheidung nach ganz anderen Gesichtspunkten[84]) nichts gewonnen. Dadurch, daß die spezifisch strafrechtlichen Begriffe nicht nach außerstrafrechtlichen Normen, sondern nach dem natürlichen Sprachgebrauch und den tatsächlichen Verhältnissen ausgelegt werden dürfen, mag der Obersatz, an den sich der Richter zu halten hat, weniger bestimmt und damit der jeweilige Begriff in besonderem Maße „ausfüllungsbedürftig" geworden sein; aber die Ausrichtung der Begriffe nach Sitte, Kultur und natürlicher Volksanschauung allein macht sie noch nicht zu echten normativen Tatbestandselementen.

82) Ähnliche Erwägungen gelten für die Begriffe „Mensch" und „wegnehmen", die Mezger — allerdings unter dem Gesichtspunkt der „quantitativen Abschätzung", von unserem Standpunkt aus aber zu Unrecht — zu den kulturellen Wertungsbegriffen rechnet, während von Weber (aaO. S. 60) den strafrechtlichen Begriff des „Menschen" zu den unbestimmten, rein deskriptiven Tatbestandselementen und Grünhut (aaO. S. 7 ff.) das Merkmal „wegnehmen" gerade entgegengesetzt zu den „faktischen" Begriffen zählen.

83) aaO. S. 12.

84) Einmal nach dem der Bestimmtheit oder Ausfüllungsbedürftigkeit der Begriffe, sodann nach der Art des Materials, das zu ihrer Ausfüllung benutzt worden ist oder werden soll.

Diese Erkenntnis mag deshalb betont werden, weil Mezger die nach „Kulturnormen" auszulegenden Begriffe zu den „normativen" rechnet, und weil die wirklich normativen Tatbestandselemente i. e. S. in der Tat ein sittliches (kulturelles) Werturteil erfordern[85]). Bei unbefangener Betrachtung ist es eigentlich selbstverständlich, daß der Einfluß der Volksanschauung, des natürlichen Volksempfindens sich nicht nur auf die ein echtes Werturteil erfordernden „normativen" Tatbestandsmerkmale beschränken darf, *sondern sich allgemein*, insbesondere auch hinsichtlich der faktischen, deskriptiven Seinsbegriffe *bemerkbar* machen muß. Das ergibt sich schon deutlich aus der Abhandlung von Klee[86]), der bei zahlreichen überwiegend tatsächlichen, jedenfalls nicht im engeren Sinn normativen strafrechtlichen Begriffen die Auswirkungen der Volksanschauung auf die strafrechtliche Begriffsbildung überzeugend nachgewiesen hat. Demgegenüber besteht ein entscheidendes Ergebnis unserer Untersuchung in der Feststellung, daß die Rechtsprechung des RG dieser — allgemein gesagt — natürlicheren Betrachtungsweise auch zu der Gruppe von Begriffen Eingang verschafft hat, die wegen ihrer angeblichen Bindung an außerstrafrechtliche Rechtsgebiete und juristisch-technische Umschreibungen „dem Einfluß der Volksanschauung am ehesten entzogen" waren. In der Zerstörung dieses Netzes abstrakter Allgemeinbegriffe[87]) liegt einer der wichtigsten Gründe für die Vorbildlichkeit des Strafrechts, der zweifellos mit dazu beitragen wird, den „Vorsprung" des Strafrechts in der Rechtserneuerung vor anderen Rechtsgebieten noch zu vergrößern. Diese bisherige Entwicklung, die sich weitgehend unabhängig von einem Eingreifen des Gesetzgebers vollzogen, häufig sogar in erbittertem Kampf gegen positiv-rechtliche Bindungen und Begriffsfesseln durchgesetzt hat, bürgt dafür, daß die Ausrichtung des neuen Strafrechts am gesunden, natürlichen Volksempfinden nicht ein theoretisches Postulat bleibt, sondern in die Wirklichkeit umgesetzt und zu einer volkstümlichen, plastischen Begriffsbildung, zu einer noch weitergehenden Berücksichtigung von Sitte und Moral führen, gleichzeitig aber den notwendigen Zusammenhang mit den strafrechtlichen Rechtsnormen wahren wird.

Gewiß ist damit, wie die geschilderte Entwicklung beweist, die Rechtsprechung „in verschleierter Form" zur Gesetzgebung berufen; aber dieser früher gefürchtete Einwand hat heute jeden Schrecken verloren. Im Gegenteil, diese notwendige Verbundenheit der strafrechtlichen Begriffe und Tatbestände mit dem Rechtsempfinden des Volkes gewährleistet erst die erstrebte volksnahe Rechtsanwendung, stellt gleichzeitig aber das Kor-

85) Aber diese „Bewertung" von Tatsachen darf nicht mit der allgemeinen Ausrichtung der strafrichterlichen Tätigkeit nach der sog. natürlich-tatsächlichen Betrachtungsweise gleichgesetzt werden.

86) RG Festgabe Bd. V S. 72 fg.

87) Hier scheint uns der neuerdings so oft angefeindete Ausdruck wirklich angebracht zu sein.

rektiv dar, um einen Mißbrauch der „Unbestimmtheit" der spezifisch strafrechtlichen Begriffe im Sinne einer subjektiven Willkür des Richters zu verhindern. Im Ergebnis wird also die aus der verfehlten Lehre von der akzessorischen Natur des Strafrechts hergeleitete begriffliche Bindung der strafrechtlichen Bestimmungen durch ihre Neuausrichtung nach der natürlich-tatsächlichen, d. h. spezifisch strafrechtlichen Betrachtungsweise ersetzt. An die Stelle juristischer Konstruktionen und strafrechtsfremder gesetzlicher Begriffsumschreibungen tritt der natürliche Lebenssprachgebrauch, das gesunde Volksempfinden als oberste Richtlinie, nach der die an sich nicht näher umschriebenen spezifisch strafrechtlichen Begriffe des StGB unter freier Berücksichtigung der jeweiligen Strafrechtszwecke bestimmt und gehandhabt werden müssen. Wird somit — von diesem Standpunkt aus betrachtet — der Gegensatz zwischen kognitiver Feststellung und normativer Bewertung noch weitergehend als bisher „relativiert" und in seiner Bedeutung verringert, so dürfen andererseits die von uns als „selbständig" nachgewiesenen strafrechtlichen (!) Begriffe, wie z. B. Gewahrsam, Sache, verwandt, verschwägert, verlobt, Bevollmächtigter, Beauftragter, Vertreter, Amtsträger, u. a. weder als „rechtlich normativ" in dem bisher üblichen Sinn, noch als echte normative Tatbestandselemente bezeichnet werden. Vielmehr handelt es sich bei ihnen durchweg um mehr oder weniger unbestimmte Seinsbegriffe, deren Inhalt als solcher nach den Bestimmungen des StGB objektiv feststeht, also nicht von einer Eigenwertung des Richters abhängt und deshalb insbesondere auch von dem häufigen Streit, „wer sich von dem Begriff den richtigen Begriff macht" (Dros t), nicht berührt wird. Die geschilderte richtige Struktur der Begriffe ändert sich also durch die Anerkennung der Emanzipation des Strafrechts nicht; wohl aber gilt für die verselbständigten Begriffe im besonderen Maße die Feststellung Dros t's, daß der Richter bei ihnen denselben Ermessensspielraum hat wie bei den eigentlich normativen (Wertungs-)Begriffen. Denn damit steht unser Ergebnis durchaus in Einklang, daß das natürliche Volksempfinden unabhängig von der logischen Struktur der Begriffe in dem geschilderten Umfang überall berücksichtigt werden muß, daß eben bei den echten normativen Tatbestandselementen die „Wertung", bei den übrigen Begriffen die „Beurteilung" und „Feststellung" stets in Übereinstimmung mit dem Volksempfinden zu erfolgen hat. Alle diese Begriffe dienen — jeder auf seine Art — derselben Aufgabe, nämlich der Umschreibung des strafrechtlichen Tatbestandes, dessen Inhalt und Anwendung „nach dem gesunden Empfinden des Volkes für Recht und Unrecht bestimmt"[88]) werden muß.

88) so der Vorspruch des neuen Deutschen Strafgesetzbuchs.

Zusammenstellung der im Text berücksichtigten wichtigeren Entscheidungen des RG zur Frage der „Emanzipation" des Strafrechts:

1. RG in Strafsachen:

Band	1	Seite	447	Band	24	Seite	50	Band	41	Seite	266
„	2	„	240	„	24	„	155	„	41	„	303
„	3	„	126	„	24	„	171	„	41	„	311
„	3	„	152	„	25	„	337	„	41	„	375
„	3	„	209	„	26	„	179	„	41	„	389
„	4	„	30	„	27	„	131	„	43	„	13
„	4	„	187	„	28	„	233	„	43	„	303
„	6	„	102	„	29	„	114	„	43	„	413
„	6	„	196	„	32	„	15	„	44	„	92
„	6	„	233	„	32	„	104	„	44	„	183
„	7	„	238	„	33	„	291	„	44	„	230
„	8	„	1	„	34	„	4	„	44	„	407
„	9	„	73	„	34	„	161	„	45	„	249
„	9	„	133	„	34	„	254	„	45	„	309
„	9	„	165	„	34	„	420	„	47	„	72
„	9	„	197	„	35	„	38	„	47	„	339
„	10	„	99	„	35	„	49	„	48	„	21
„	10	„	117	„	35	„	92	„	48	„	70
„	10	„	302	„	35	„	113	„	48	„	198
„	12	„	143	„	35	„	338	„	48	„	217
„	12	„	185	„	36	„	325	„	48	„	418
„	12	„	257	„	36	„	330	„	49	„	16
„	12	„	404	„	36	„	334	„	49	„	114
„	12	„	429	„	36	„	363	„	50	„	19
„	13	„	405	„	37	„	30	„	50	„	104
„	14	„	7	„	37	„	124	„	50	„	111
„	14	„	187	„	37	„	161	„	51	„	103
„	15	„	74	„	37	„	199	„	51	„	209
„	16	„	49	„	38	„	57	„	52	„	36
„	16	„	270	„	38	„	191	„	52	„	145
„	17	„	60	„	38	„	230	„	53	„	131
„	17	„	296	„	38	„	244	„	53	„	314
„	18	„	129	„	40	„	105	„	54	„	15
„	20	„	357	„	40	„	175	„	56	„	19
„	21	„	27	„	40	„	421	„	56	„	122
„	22	„	30	„	41	„	114	„	56	„	335
„	23	„	374	„	41	„	198	„	56	„	428

Band	57	Seite	59	Band	62	Seite	188	Band	68	Seite	136
„	57	„	232	„	62	„	258	„	68	„	189
„	57	„	278	„	62	„	296	„	68	„	210
„	57	„	326	„	63	„	191	„	68	„	270
„	57	„	338	„	63	„	397	„	68	„	325
„	58	„	10	„	63	„	433	„	68	„	366
„	58	„	61	„	64	„	21	„	68	„	380
„	58	„	248	„	64	„	84	„	69	„	70
„	59	„	248	„	64	„	228	„	69	„	82
„	59	„	289	„	64	„	312	„	69	„	225
„	59	„	303	„	64	„	419	„	69	„	233
„	59	„	315	„	65	„	99	„	69	„	357
„	59	„	428	„	65	„	109	„	70	„	9
„	60	„	35	„	66	„	6	„	70	„	37
„	60	„	247	„	66	„	131	„	70	„	88
„	60	„	298	„	66	„	230	„	70	„	108
„	61	„	4	„	66	„	250	„	70	„	176
„	61	„	78	„	66	„	284	„	70	„	210
„	61	„	175	„	66	„	292	„	70	„	304
„	61	„	199	„	67	„	19	„	70	„	321
„	61	„	230	„	67	„	109	„	71	„	65
„	61	„	270	„	67	„	168	„	71	„	70
„	61	„	344	„	67	„	211	„	71	„	112
„	61	„	408	„	67	„	228	„	71	„	152
„	62	„	15	„	67	„	294	„	71	„	158
„	62	„	33	„	67	„	401	„	71	„	334
„	62	„	58	„	68	„	74	„	71	„	356
„	62	„	66	„	68	„	109	„	71	„	402
„	62	„	118	„	68	„	120	„	72	„	62
„	62	„	135								

2. RG in JW:

1926	Seite	586	1935	Seite	2664	1937	Seite	469
1928	„	2229	1935	„	3389	1937	„	1334
1929	„	2729	1936	„	1051	1937	„	2966
1934	„	696	1936	„	3461	1937	„	3302
1934	„	770	1936	„	3514	1938	„	31
1935	„	127	1937	„	167	1938	„	1018

3. RG in:

GA	48	Seite	445	GA	61	Seite	510	DJZ	1934	Spalte	214
„	52	„	89	Recht	1921	Nr.	2487a	DJ	1936	Seite	1339
„	56	„	217	JR	1926	„	527	DRPfl	1937	Nr.	151

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Beling, Ernst: Methodik der Gesetzgebung 1922.

Bierling, Ernst-Rudolf: Juristische Prinzipienlehre. I. Bd. 1894.

Binding, Karl: Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil. I. Band, 2. Aufl. 1902. II. Band, 1. Abteilung, 2. Aufl. 1904. II. Band, 2. Abteilung, 2. Aufl. 1905.

Boldt, Gottfried: Rechtspolitische Wandlungen unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuchs, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1936, 475.

Braun, Werner: Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 97; 1936.

Brauweiler, Heinrich: Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht. Dissertation Erlangen 1910.

Bruns, Hansjürgen: Können die Organe juristischer Personen bestraft werden, wenn sie im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen? Strafrechtliche Abhandlungen Heft 295, 1931.

— Die Organeigenschaft des Täters als Strafhinderungsgrund beim Handeln zugunsten der Körperschaft. Deutsche Justiz 1934,1589.

Burckhardt, Walther: Kriminalpolitische Anforderungen an das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Band 15 S. 233 ff., 1902.

Cordey, Eugène: Dans quelle mésure est-il désirable et possible d'établier des notions concordantes dans le droit civil et le droit pénal? Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1903, 183 ff.

Creifelds, Carl: Wird bei Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant? Strafrechtliche Abhandlungen Heft 266.

Dahlem, Friedrich: Das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung der Disharmonien. Dissertation Heidelberg 1919.

Dahm, Georg: Verbrechen und Tatbestand; Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft S. 62 ff.

— Der Ehrenschutz der Gemeinschaft; Gleispach-Festschrift S. 1 ff.

— Das Feststellungsverfahren zum Schutz der Ehre, in Der Ehrenschutz im neuen deutschen Strafverfahren. S. 43 ff.; Beiträge zur Rechtserneuerung, Heft4.

Dörr: Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 3/4.

Graf zu Dohna, Alexander: Die Stellung des Reichsgerichts zum neuen Strafgesetzbuch; RG Festgabe Band V S. 30 ff.

Edlin, G.: Begriffs- und Interessenjurisprudenz; Zeitschrift für Rechtsphilosophie 6. Band S. 139 ff. 1932/34.

Ehrenhard, Hans: Einfluß des BGB auf die Verbrechensbegriffe Diebstahl. Unterschlagung und auf die Besitzentziehung; Dissertation Erlangen 1901.

Engisch, Karl: Interessenjurisprudenz und Strafrecht; MonKrimPsych 1934, 65 ff.

— Die Einheit der Rechtsordnung. Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 20. 1935.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum BGB 1. Lesung nebst Motiven; Amtliche Ausgabe 1888.
Frank, Reinhard von: Kommentar zum StGB, 18. Auflage 1931, mit Nachtrag von Schäfer-von Dohnanyi 1936.
Freisler, Roland: Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände. ZStrW 55, 503.
— Der Heimweg des Rechts in die völkische Sittenordnung; Schlegelberger-Festschrift S. 28.
— Zur Befreiung des Rechtsdenkens, Deutsche Justiz 1936, 1568.
Gallas, Wilhelm: Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. Gleispach-Festschrift S. 50 ff.
von Gemmingen, Hans Dieter: Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System eines Willensstrafrechts; Deutsches Strafrecht 1935, 105.
Gerland, Heinrich: Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch 2. Auflage 1932.
Glaser, Julius: Handbuch des deutschen Strafprozesses Band II; 1885.
Gmür, Max: Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar? Verhandlungen des Schweizerischen Justizvereins 1903, 119.
Goldschmidt, Werner: Die Schuld im Straf- und Zivilrecht 1934.
Grünhut, Max: Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, RG Festgabe Band V S. 116.
— Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe I S. 1; 1930.
— Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 25; 1932.
Hafter, Ernst: Kriminalpolitische Anforderungen an das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Band 15 S. 257 ff. 1902.
— Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil 1926. Besonderer Teil, 1. Hälfte 1937.
Hartenstein, Hans: Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Devisenarchiv 1936, 156 ff.
Heck, Philipp: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz 1932.
— Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre. Recht und Staat. Heft 118; 1936.
— Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner. ArchZivPrax. Bd. 22 (n. F.) S. 129 und 297 ff.
Hegler, August: Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozesses, Festgabe für Heck 1931, ArchZivPrax. Band 133 S. 216.
von Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht Band 1 und 2, 1925/30.
— Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht. RG Festgabe Band V S. 1.
— Lehrbuch des Strafrechts. 1932.
Hirschberg, Rudolf: Der Vermögensbegriff im Strafrecht. Versuch eines Systems der Vermögensdelikte. 1934.
Hofacker, W.: Die rechtliche Bedeutung des Satzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1936, 437.
Huber, Ernst Rudolf: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft S. 143 ff.
Internationale Kriminalistische Vereinigung, Mitteilungen der 21. Tagung der deutschen Landesgruppe zu Bonn. 1926, 1. Thema.
Juristentag: Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages zu Köln 1926, 2. Band S. 420 ff. 1. Sitzung der III. Abteilung: Empfiehlt es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern?

Keidel, Fritz: (Staudingers) Kommentar zum EGBGB VI. Band, 9. Auflage. 1929.
Kempermann, Eugen: Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. 1934.
Kern, Eduard: Die Aussetzung des Strafverfahrens zur Klärung präjudizieller Fragen nach § 262 Abs. 2 StPO. RG Festgabe, Band V S. 131.
Kissin, Siegfried: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 317.
Klee, Karl: Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des RG, RG Festgabe, Band V S. 72 ff.
Köhler, August: Plenarentscheinungen in Strafsachen. RG Festgabe, Band V S. 159.
König, Karl-Heinz: Die Bindung des Richters an präjudizielle Urteile anderer Gerichte. Dissertation Freiburg. 1934.
Kohlrausch, Eduard: Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung. Schlegelberger-Festschrift 1936 S. 203.
— „Vermögensverbrechen" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band VIII, S. 739.
Kuttner, Georg: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses. 1914.
von Liszt, Franz: Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht; Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Heft 5. 1889.
von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Auflage. 1927.
Lobe, Adolf: Über den Einfluß des BGB auf das Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes. 1898.
— Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht. Frank-Festgabe I, S. 33 ff.
— Leipziger Kommentar, Band I, Allgemeiner Teil. 5. Auflage. 1933.
Maschke: Das Eigentum im Zivil- und Strafrecht. 1895.
Maurach, Reinhart: Handlungspflicht und Pflichtverletzung im Strafrecht, Deutsches Strafrecht. 1936, 114.
Mayer, Helmuth: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen. 1926.
— Eigentum an Geld und strafrechtliche Konsequenzen, Gerichtssaal 104, 100.
— Die Untreue (n. F.) in ihren Beziehungen zum Handelsrecht; Zentralblatt für Handelsrecht 1933, 146.
— Das Strafrecht des deutschen Volkes. 1936.
Mezger, Edmund: Strafrecht, 2. Auflage 1933.
— Strafrecht, ein Leitfaden. 1935.
— Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, ZAkDR. 1937, 417.
Micelli, Dominikus: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 72. 1906.
Müller, G.: Einfluß der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe auf Strafrecht und Strafprozeßrecht. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 71, 541. 1906.
Müller-Erzbach, Rudolf: Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. Iherings Jahrbücher 61, 343. 1912.
— Wohin führt die Interessenjurispudenz? 1932.
Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Besonderer (2.) Teil. 1936.
Neumann, Hugo: Kommentar zum EGBGB, 3. Band, 6. Aufl. 1912.
Niedner, Alexander: Das Einführungsgesetz vom 18. 8. 1896, 2. Auflage. 1901.

von Olshausen, Justus: Kommentar zum StGB, 11. Auflage. 1927, mit Ergänzungsband 1936.
Planck, G.: Kommentar zum EGBGB. 6. Band, 3. Auflage. 1905.
Protokolle zur 2. Lesung des BGB, Band VI.
Redslob: Der zivilrechtliche Besitz und der strafrechtliche Gewahrsam, 3StrW 30, 205. 1910.
Reichel, Alexander: Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht mit besonderer Rücksicht auf den Entwurf zu einem Schweizerischen StGB. Schweizer Zeitschrift für Strafrecht, 21, 317. 1908.
Saunus: Inwieweit ist der Strafrichter an präjudizielle Entscheidungen des Zivilrichters gebunden? Dissertation Königsberg. 1918.
Schaffstein, Friedrich: Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 91. 1934.
— Politische Strafrechtswissenschaft. 1934.
— Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt. DJ3 1934, 1174.
— Das Verbrechen, eine Rechtsgutsverletzung? Deutsches Strafrecht. 1935, 97.
— Das subjektive Recht im Strafrecht. Deutsche Rechtswissenschaft 1936, 39.
— Das Verbrechen als Pflichtverletzung. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. S. 108.
— Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte. Deutsche Justiz 1936, 767.
— Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts. Gleispach-Festschrift S. 70.
Schlegelberger, Franz: Abschied vom GBG. 1937.
Schmidt, Richard: Der Einfluß des BGB auf das Strafrecht. DJ3 1900, 146.
Schmidt-Leichner, Erich: Unrechtsbewußtsein und Irrtum in ihrer Bedeutung für den Vorsatz im Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 351.
Schmitt, Carl: Nationalsozialistisches Rechtsdenken. Deutsches Recht 1934, 225.
— Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. 1935.
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Die Notwendigkeit neuer Begriffsbildung im bürgerlichen Recht. DJ3 1935, 1475.
Schrey, Robert: Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 248.
Schroeder, J. U.: Über Wechselwirkungen des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts. ArchZivPrax 97, 361. 1905.
Schubert, Werner: Die ex-tunc-Wirkung des bürgerlichen Rechts und ihre Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung. Dissertation Freiburg 1928.
Schweizerischer Juristenverein, Verhandlungen des — 1903, Aussprache, S. 286 ff.
Schwinge, Erich: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. 1930.
— Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft. 1930.
Schwinge-Siebert: Das neue Untreuestrafrecht. 1933.
Schwinge-Zimmerl: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. 1937.
Seib, Walter: Die Bedeutung der rechtlichen Bewertung eines Verhaltens durch ein Rechtsgebiet für seine Beurteilung im allgemeinen. Dissertation Gießen 1933.
Siebert, Wolfgang: Der strafrechtliche Besitzbegriff, besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 235.
— BGB-System und völkische Ordnung. Deutsche Rechtswissenschaft 1936, 204.
Soltmann, Adolf: Der Gewahrsamsbegriff im § 242 StGB. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 349.
Stock, Ulrich: Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 67. 1932.

Thormann, Philipp: Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe. Festgabe für Eugen Huber, S. 157. 1919.
Warneyer, Otto: Kommentar zum EGBGB. 1935.
Welzel, Hans: Über Wertungen im Strafrecht. Gerichtssaal 104, 340.
— Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht .1935.
Wolf, Erik: Strafrechtliche Schuldlehre. I. Teil. 1928.
— Der Sachbegriff im Strafrecht. RG Festgabe, Band V, S. 44.
Wurzer, Gustav: Der Einfluß des rechtskräftigen Zivilurteils auf das Strafurteil. Gerichtssaal 89, 106. 1923.
Zitelmann, Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. ArchZivPrax 99. Band (a. F.) S. 1 ff. 1906.

Schrifttum zur Lehre von den normativen Tatbestandselementen.

Bienenfeld, Rudolf: Die Haftung ohne Verschulden. 1933, S. 404 ff.
Claß, Wilhelm: Die Grenzen des Tatbestandes. I. Teil. Die Lehre vom Tatbestand. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 323.
Drost, Heinrich: Das Ermessen des Strafrichters, S. 16 ff. 1930.
Eichmann, Fritz: Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 225.
Finger, August: Strafrecht 1932, S. 460 ff. Teil XII des gesamten deutschen Rechts in systematischer Darstellung, herausgegeben von R. Stammler.
Foltin, Edgar: Welchen Anforderungen müssen die Strafgesetze genügen, damit sie ihre garantierende Funktion sowohl der Gesamtheit als auch dem Einzelnen gegenüber erfüllen? Gutachten zum 5. Deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei 1931, S. 57 ff.
Freisler, Roland: Der Aufbau des Besonderen Teils; bei Gürtner, Das kommende Strafrecht S. 53 ff.
von Gemmingen, Hans-Dieter: Probleme der Strafrechtsanwendung. Ein Beitrag zur Praktikabilitätslehre, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Heft 4, 1934 S. 47 ff.
Grünhut, Max: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Recht und Staat, Heft 41. 1926.
— Die methodischen Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. Frank-Festgabe I S. 21 ff.
Hall, Karl Alfred: Die normativen Tatbestandselemente der Aussetzung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 45/46 S. 328. 1932.
Hegler, August: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, Frank-Festgabe I S. 270 ff. 1930.
Hofmann, Fritz: Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 272.
Krüger, Herbert: Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht. 3StrW 1935, 638 ff.
Maurach, Reinhard: Volksethik und Strafrecht .1934.
Mezger, Edmund: Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß. 1918. ArchZiv Prax Beilageheft zu Band 117 S. 84: Tatsachenurteil und Werturteil.
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Festschrift für Träger. 1926 S. 187.
— Strafrecht 1933, S. 190 ff.
— Der Tatbestand im Strafrecht. Festgabe für Maurovic. 1934, S. 293 ff.
Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Strafrechts. 1921, S. 36.
Schmidt, Eberhard: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1932, S. 182.
Steiner, Robert: Vgl. Foltin aaO. S. 210 ff.
Thierfelder, Rudolf: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage. 1934.

von Weber, Helmuth: Rechtssicherheit und Tatbestandsbildung in der Strafrechtsreform. Prager Juristenzeitschrift 1927, Heft 2, Seite 58 ff.
Welzel, Hans: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. 1937.
Wolf, Erik: Vom Wesen des Täters. Recht und Staat, Heft 87. 1932.
— Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. 1931.
Wolter,: Normative Tatbestandsmerkmale. MonKrimPsych 1930, S. 455 ff.

Schrifttum über das begriffliche Verhältnis des Zivilrechts zum Steuerrecht.

Ball, Kurt: Steuerrecht und Privatrecht. 1924. Vgl. auch Steuer und Wirtschaft 1925, 177.
Bank: Zur Verselbständigung der Steuerrechtsbegriffe. Ein Beitrag zu Balls Theorie des selbständigen Steuerrechtssystems, Steuer und Wirtschaft 1925, 1023.
Becker, Enno: Kommentar zur Reichsabgabeordnung, 1. Auflage 1922, 7. Auflage 1930.
— Von der Selbständigkeit des Steuerrechts. Steuer und Wirtschaft. 1932, 495 ff.
— Die Aufgabe des Steuerrechts im neuen deutschen Recht, Deutscher Juristentag. 1933, 280.
— Steuerrecht und Privatrecht, Steuer und Wirtschaft. 1934, 299.
— Steuerrecht und Privatrecht. DStZ 1934, 1105.
— Einleitung zu Blau-Öftering „Steuerrecht und BGB". 1934.
— Die Stellung des Steuerrechts in der Rechtserneuerung. ZAkDR. 1936, 211.
Blau-Öftering: Abwandlungen des bürgerlichen Rechts im Steuerrecht. Iherings Jahrbücher 82, 164 ff.; vgl. dazu Rheinstrom JW 1932, 1459.
— Steuerrecht und BGB 1934.
Blumenstein, Ernst: Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht. Festgabe für Eugen Huber 1919.
Boethke: Steuerrecht und Privatrecht JW 1928, 942; vgl. auch Steuer und Wirtschaft 1928, 1205.
Deutscher Anwaltsverein, Sitzung der Steuerrechtsgruppe: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung. Steuerrechtliche Beiträge Heft 3. 1932.
Emge, C. A.: Über das Problem der Beziehung des bürgerlichen Rechts zum Steuerrecht, Allgemeine Steuerrundschau. 1922, 349.
— Gratisaktien und Steuern .Grundsätzliche Erwägungen über die Beziehungen des Zivilrechts zum Steuerrecht. 1923.
— Über das grundsätzliche Verhältnis des Zivilrechts zum Steuerrecht. ArchZivPrax 129, 49 ff.
Geiler: Steuerrecht und Privatrecht, Steuer und Wirtschaft. 1927, 497.
Giese, Friedrich: Neues Rechtsdenken im Steuerrecht, Reich und Länder. 1937, 113.
Hedemann, Justus, Wilhelm: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Ein Bild deutscher Praxis. 1929.
Helpenstein, Franz: Einheit des Rechts und Steuerrechts. ZAkDR 1936, 646.
Hensel, Albert: Zur Dogmatik des Begriffs „Steuerumgehung", Zitelmann-Festgabe, S. 237.
— Steuerrecht und Privatrecht, Steuer und Wirtschaft 1925, 1971 (Besprechung von Ball).
— Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung. Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 3 S. 73 ff.
— Gesetz und Gesetzesanwendung im Steuerrecht. Vierteljahrsschrift für Steuer- und Finanzrecht 1931, 115.
— Steuerrecht, 3. Auflage. 1933.

Jahn: Handbuch des Steuerrechts, zu § 1 StAnpG.
Kraemer, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise und die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs und des RG: JW 1932, 1425.
Liebisch, Arnold: Steuerrecht und Privatrecht. 1933.
Lion, Max: Steuerrechtliche Wirtschaftsbegriffe, Vierteljahrsschrift für Steuer- und Finanzrecht. 1927, 152 ff.
Merk, Walther: Reichsgericht und Steuerrecht, RG Festgabe, Band IV S. 73 ff.
von Oppen: Die Lehre vom richtigen Recht und das Steuerrecht. Festschrift für R. Stammler. 1936, 87 ff.
Ott: Über die allgemeinen Bestimmungen des Steueranpassungsgesetzes, Steuer und Wirtschaft .1935, 704 .
— Zum Auslegungs -und Beurteilungsgrundsatz des § 1 StAnpG., Steuer und Wirtschaft 1936, 1285.
Reinhardt, Fritz: Beurteilung von Tatbeständen nach nationalsozialistischer Weltanschauung. Deutsche Steuerzeitung 1936, 1291.
Schikarski: Steuerrecht und Privatrecht, Deutsches Recht 1935, 253.
Schlecht: Grundsätzliches zu § 1 StAnpG., Deutsche Steuerzeitung 1935, 457.
Wacke, Gerhard: Die juristische Person im Steuerrecht, DStZ 1936, 100.
— Die Fruchtbarkeit des Finanzrechts, DStZ 1936, 858.
— Steuerrecht und Rechtsneubau. 1936.
— Die Beurteilung von Tatbeständen, Steuer und Wirtschaft 1936, 833.
Wirkau: Die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs in der öffentlichen Kritik, Steuerarchiv 1931, 259 und 296 ff.

Weitere Schriften sind im Text angegeben.